

AKSJONÆRENE'S ANSVAR FOR SELSKAPSFORPLIKTELSENE I AKSJESELSKAP OG ALLMENNAKSJESELSKAP

Ansvarsgjennombrudd

Kandidatnr: 280
Veileder: Tore Bråthen
Leveringsfrist: 25 april V-03

Til sammen 17998 ord

5/19/03

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
1.1 Avhandlingens tema	3
1.2 Avgrensninger	5
1.3 Definisjoner	7
1.3.1 Ansvarsgjennombrudd	7
1.3.2 Konsern	8
1.4 Aksjonærenes posisjon i selskapet	8
1.5 Det videre opplegg	9
2 Ansvar på erstatningsrettslig grunnlag	10
2.1 Innledning	10
2.2 Culpaansvar	10
2.2.1 Ansvar på grunnlag av aksjelovene	10
2.2.2 Ansvar på ulovfestet grunnlag	11
2.3 Arbeidsgiveransvar/Organansvar	13
2.4 Andre identifikasjonsprinsipper	14
2.5 Årsakssammenheng	15
2.6 Illojal tapping	16
2.7 Ansvar ved underkapitalisering	18
3 Ansvarsgjennombrudd	19
3.1 Et spørsmål om identifikasjon?	19
3.2 Er det en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett?	19
3.3 Ansvarsgjennombrudd i fremmed rett	25
3.3.1 Innledning	25
3.3.2 Svensk rett	26
3.3.2.1 Generelt om svensk rett på dette området	26
3.3.2.2 Lov/forarbeider	26
3.3.2.3 Rettspraksis	27
3.3.2.4 Juridisk teori	28
3.3.3 Amerikansk rett	28

3.3.3.1	Generelt om amerikansk rett	28
3.3.3.2	Kriterier for ansvarsgjennombrudd	29
3.4	Hvilke kriterier skal legges til grunn for ansvarsgjennombrudd?	30
3.4.1	Innledning	30
3.4.2	Utilbørighetskriteret	32
3.4.3	Økonomisk ubalanse	32
3.4.4	Underkapitalisering	33
3.4.5	Sammenblanding	34
3.4.6	Tapping	35
3.4.7	Dominerende rådighet	36
3.5	Rettsvirkninger av ansvarsgjennombrudd	39
3.5.1	Innledning	39
3.5.2	Virkning for aksjonærende	39
3.5.3	Virkning for kreditorene	42
3.6	Er det et behov for ansvarsgjennombrudd i norsk rett?	44
3.6.1	Innledning	44
3.6.2	Hva taler for innføring av en regel om ansvarsgjennombrudd?	45
3.6.3	Hva taler imot en innføring av en regel om ansvarsgjennombrudd?	46
3.7	Blir vurderingen annerledes i aksjeselskap enn i allmennaksjeselskap?	49
4	<u>Avslutning</u>	<u>51</u>
5	<u>Litteraturliste</u>	<u>53</u>

Lovregister

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Denne avhandlingens tema er hvilket ansvar aksjonærene har for selskapsforpliktelsene i aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Særlig vil fremstillingen fokusere på spørsmål knyttet til ansvarsgjennombrudd.

Aksjeselskapet er en selskapsform med svært lange tradisjoner. Allmennaksjeselskap er derimot en relativ nyvinning i norsk rett. Skillet mellom de to formene for aksjeselskap ble først innført av lovgiver i norsk rett ved lov 22/12-1995 nr. 80 som en endring av den tidligere aksjeloven av 1976, som en følge av tilpasning til EØS-traktaten.

Det trekket som kanskje særpreger aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper mest i forhold til andre selskapsformer, er dets karakter av begrenset ansvar. Ikke i slik forstand at selskapets ansvar som sådan er begrenset i forhold til dets kreditorer, men ved at disse utelukkende må forholde seg til selve selskapet med sine krav. Fordringshaverne har ikke anledning til å rette krav mot eierne hvis selskapet, eller dets eventuelle konkursbo, skulle være ute av stand til å gi full dekning. En regel med et slikt innhold har lang tradisjon både nasjonalt og internasjonalt. Dette er nå for norsk rett sin del uttrykkelig uttrykt i Aksjeloven (asl) §1-1, (2) og §1-2, (1) for aksjeselskaper, og Allmennaksjeloven (asal) §1-1, (2), 1 ledd og §1-2, (1) for allmennaksjeselskaper.

Essensen av en slik ordning av ansvarsforholdet er at en investor utelukkende utsetter seg for en begrenset risiko for tap. Hensynet bak dette er å oppmuntre til investeringer i virksomheter som innebærer et element av risiko. Det er vel neppe å gå for langt å si at den begrensningen av ansvaret som ligger i aksjeselskapsformen, er et av grunnpillarene for forretningslivet generelt i dag. Konsekvensen av eventuelt å fjerne ansvarsbegrensningen ville vært at investorene ville vært langt mer tilbakeholdne med å plassere penger innen en rekke ulike typer virksomheter. En slik redusert tilgang på kapital ville gjort det vanskelig overhode å drive forretningsvirksomhet utover en viss størrelse. At dette ville medført betydelige negative samfunnsøkonomiske konsekvenser er åpenbart.

Aksjonærenes ansvar for den innskutte aksjekapital er bare indirekte. Dette betyr at

kreditorene i en insolvenssituasjon ikke kan kreve innskuddsforpliktelsen direkte, men må overlate dette til konkursboet hvis den ikke er innbetalt. Imidlertid har denne problemstillingen minsket i aktualitet etter at det ble innført krav om innbetaling av hele aksjekapitalen som en forutsetning for registrering, jfr. asl./asal. 2-18 (2), 1 setn.

I teorien har det tidligere hersket stor uenighet om hvorvidt et aksjeselskap er å anse som et eget rettssubjekt. Lenge var den generelle oppfatningen at dette måtte avgjøres selvstendig utfra de forskjellige regelsett. I dagen situasjon er det generelle utgangspunktet at et aksje - eller allmennaksjeselskap som hovedregel gjennomgående er å anse som et eget rettssubjekt (Andenæs 1998 s. 41). Dette innebærer at selskapets forpliktelser og rettigheter påhviler selskapet, og ikke aksjonærene.

Det kan derimot være aktuelt å skjære gjennom aksjeselskapsformen hvis særlig grunner taler for dette. Andenæs trekker særlig frem tre eksempler på dette (Andenæs 1998 s. 43 flg.). Dette gjelder for det første hvis A har forpliktet seg overfor B fra å avstå fra en virksomhet, bør ikke dette kunne omgås med å stifte AS A. Det andre eksemplet er at hovedaksjonæren har forårsaket brann på selskapets eiendom. I et slikt tilfelle vil det måtte foretas identifikasjon mellom aksjonær og selskap i relasjon til «sikrede» i Forsikringsavtalelovens forstand. Det tredje eksemplet vil være hvis det foreligger særlige omstendigheter, som gjør at overdragelse av aksjonærposisjonen må likestilles med overdragelse av selskapets uoverdragelige rettigheter. Et eksempel fra praksis på dette er Rt. 1989 s. 1198, som gjaldt overdragelse av aksjer i selskap som hadde enerett på cateringvirksomhet på Gardermoen flyplass. Høyesterett fant her at eneretten ikke fulgte med.

Også ansvarsgjennombrudd kan betraktes som et eksempel på en slik gjennomskjæring. I teorien blir ansvarsgjennombruddsspørsmålet ofte behandlet sammen med spørsmålet om et selskaps rettssubjektivitet (se for eksempel Andenæs 1998 s. 41 flg.)

Spørsmålet som må stilles i lys av hovedregelen om selskapers rettssubjektivitet, er om regelen om det begrensede ansvaret gjelder absolutt, eller om aksjonærene undertiden likevel kan bli holdt ansvarlig for selskapets forpliktelser. Svaret er at det eksisterer en rekke rettsgrunnlag som en aksjonær potensielt kan tenkes å bli holdt ansvarlig etter. Majoriteten av disse er i utgangspunktet ukontroversielle. Det har for

eksempel lenge vært anerkjent i norsk rett at ansvar kan grunnes på kontraktsrettslig eller erstatningsrettslig grunnlag. Derimot har det vært stor strid om ansvar kan statueres på særskilt grunnlag i en lære om ansvarsgjennombrudd i snever forstand, uavhengig av erstatningsrettslige eller kontraktsrettslige prinsipper. Dette spørsmålet kan heller ikke sies å ha fått en endelig løsning verken i lovgivning eller praksis. I tillegg er det stor usikkerhet knyttet til det nærmere innhold av en slik lære. Lovgiver har hittil avstått fra nærmere regulering av emnet.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen dreier seg om ansvarsforholdet i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Ansvarsforholdene i andre selskapsformer, vil som tittelen antyder, derimot ikke bli behandlet.

Som nevnt i punktet 1.1 ovenfor, kan man tenke seg en rekke grunnlag for ansvar for aksjonærene. Asmundsson/Gustavsson trekker frem enkelte av disse, uten at deres liste kan sies å være uttømmende. I tillegg til kontraktsrettslig og erstatningsrettslig argumentasjonsmåter, samt ansvarsgjennombrudd fremhever de: skatterettslig gjennomskjæring, ansvar på omstøtelsesgrunnlag, rettsøkonomiske betraktninger og et ansvar etter alminnelige berikelsesbetraktninger (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 195). Jeg vil i denne avhandlingen avgrense mot disse ansvarsgrunnlagene. Bakgrunnen for dette er at en særskilt fremstilling av de andre grunnlagene ville føre fokus bort fra det selskapsrettslige perspektivet som ligger i bunn for denne avhandlingen, og føre det over på betraktninger knyttet til andre spesielle områder innen jussen.

Jeg vil også avgrense denne fremstillingen mot en behandling av ansvar på avtalerettslig grunnlag. Et slikt ansvar vil ofte være svært aktuelt i praksis. Dette må regnes som en av hovedkategoriene for aksjonæransvar, og hører naturlig hjemme i en slik fremstillingen. Når jeg likevel har valgt å avgrense mot dette, har det to årsaker. For det første blir spørsmålet om aksjonæren er forpliktet på et slikt grunnlag, hovedsakelig et spørsmål som må løses på grunnlag av alminnelige avtalerettslige betraktninger. Det andre årsaken er av hensynet til de begrensede rammer som eksisterer for denne fremstillingen. Svært mye mer kunne vært skrevet om dette emnet. Jeg har valgt å ha hovedfokuset rettet mot ansvarsgjennombruddsspørsmålet, og som konsekvens vil andre elementer måtte nedtones.

Avhandlingen vil også være avgrenset til aksjonærenes, og ikke selskapets, ansvar for sine forpliktelser. Det kontraktsrettslige forholdet mellom selskapet og kreditorene vil altså ikke bli undergitt behandling.

Aksjonærene utgjør, i lys av sin rolle som innskytere av aksjekapital, investorene i et aksje - eller allmennaksjeselskap. Imidlertid ser man undertiden at investorbegrepet blir utvidet til også å omfatte kreditorene, og da spesielt långiverne. I hvilken grad dette kan medføre ansvar er et spørsmål som i stor grad må anses som uavklart. Det er eksempler fra rettspraksis på at en kreditor har blitt pålagt ansvar for selskapsforpliktelser.¹ I denne avhandlingen vil jeg avgrense mot en fremstilling av læren om en slik «lender`s liability». Denne avgrensningen er begrunnet i den vesensforskjell i posisjonen overfor selskapet som eksisterer mellom aksjonærer og kreditorer, samt at det har vært vanlig i rettslitteraturen å bruke begrepet ansvarsgjennombrudd utelukkende i relasjon til aksjonærenes forhold til kreditorene.

En aksjonær i et selskap vil ofte kunne inneha verv i selskapets ledelse. Et eksempel på et slikt verv vil typisk være en posisjon i styret, men ofte vil en aksjonær også ha plass i den daglige ledelse. Dette vil kunne medføre at ansvar kan pålegges på grunnlag av en slik representasjon i selskapets ledelse. I denne avhandlingen blir ikke erstatningsansvar på slike grunnlag undergitt behandling. Jeg vil utelukkende konsentrere meg om det ansvar som oppstår i kraft av aksjonærposisjonen som sådan, selv om grensene her fort kan bli flytende.

I juridisk litteratur relatert til ansvarsgjennombrudd, både innenlandsk og utenlandsk, har fremstillingen ofte blitt begrenset til utelukkende å omfatte gjennomskjæring knyttet til konsernforhold. Dette gjelder da særlig spørsmål vedrørende et morselskaps ansvar for et datterselskaps gjeld. I denne avhandlingen vil ikke en slik avgrensning bli lagt til grunn. Bakgrunnen for dette er at prinsippene for gjennomskjæring i utgangspunktet er det samme uavhengig av eierforholdene. Likeledes vil de problemstillingene som blir fremlagt nedenfor, være aktuelle uavhengig av om aksjonærene er en annen juridisk person, en fysisk person eller det offentlig.

En problemstilling som i noen juridiske arbeider er blitt behandlet som en variant av

¹Rt.1937 s. 21 gir eksempel på ansvar for panthaver.

ansvarsgjennombrudd, foreligger hvis en aksjeeier i egenskap av å være aksjonær culpøst utfører en skadeforvoldende handling i selskapets interesse (Hagstrøm 1993 s. 269-270). Spørsmålet som oppstår her er om aksjeselskapet skal identifiseres med aksjonæren. Jeg vil avgrense mot dette spørsmålet, på grunn av at det er aksjonærenes ansvar for selskapsforpliktelsene som er gjenstand for behandling i denne fremstillingen.

1.3 Definisjoner

1.3.1 Ansvarsgjennombrudd

Innholdet i begrepet ansvarsgjennombrudd har lenge vært uavklart i teorien. Enkelte forfattere, spesielt tidligere, brukte uttrykket som navnet på resultatet når ansvar for aksjonærene var konstatert, uavhengig av på hvilket grunnlag. Man kan kalle dette ansvarsgjennombrudd i vid forstand. Hagstrøm synes å legge en slik forståelse av begrepet til grunn i relasjon til norsk rett, mens han foretar et skille i behandlingen av utenlandsk rett vedrørende dette spørsmålet (Hagstrøm 1993 s.282). En slik begrepsbruk utelukker ikke ansvarsgjennombrudd som eget selvstendig grunnlag, men forutsetter det heller ikke. Som nevnt under 1.1 er det helt klart at etter en slik forståelse av begrepet, er ansvarsgjennombrudd anerkjent av norsk rett.

Andre teoretikere benytter begrepet ansvarsgjennombrudd i en annen og snevrere betydning. Her blir begrepet brukt som et separat rettsgrunnlag for ansvar, adskilt fra de andre grunnlagene for aksjonæransvar. Etter hvert er det denne forståelsen som har vunnet mest utbredelse i teorien. Såvel Andenæs (1998 s. 45) og Aarum (1994 s. 35), som Asmundsson/Gustavsson (1995 s. 197) og Fjærtøft (1997 s. 301) bruker begrepet i en slik betydning. En slik lære om ansvarsgjennombrudd i snever forstand er anerkjent i mange land. Hvorvidt et slikt selvstendig grunnlag for gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen eksisterer i norsk rett må anses for å være uavklart.

I dag er det som nevnt mest vanlig å forstå begrepet ansvarsgjennombrudd i den mer snevre forstanden av begrepet. Det synes nå også å være lagt til grunn også i mer autorative rettskilder som forarbeider og rettspraksis. I forarbeidene til det utkastet til ny aksjelov som aldri ble vedtatt er dette tilfellet. NOU 1992:29 s.24 og Ot. prop. 36 (1993-94) s. 89 bruker begrepet på en slik måte. Når det gjelder rettspraksis, ble Rt. 1991 s. 119 forstått av enkelte som om Høyesterett forstod begrepet i vid forstand

(Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 197). Men i Rt. 1996 s. 672, den såkalte «Kongeparken-dommen», blir begrepet ansvarsgjennombrudd utvetydig brukt i snever forstand.

I lys av dette har også jeg valgt å bruke uttrykket ansvarsgjennombrudd i den snevre betydningen av begrepet i denne avhandlingen. Dette er også en begrepsbruk som har de beste grunner for seg. Ved å legge en slik forståelse til grunn skaper man en økende grad av klarhet og presisjon i uttrykket, istedenfor å benytte det som fellesbetegnelse for alle mulige grunnlag. En bruk av begrepet ansvarsgjennombrudd i en annen betydning er etter min oppfatning mest egnet til å skape forvirring i lys av dagens rettskildebilde.

1.3.2 Konsern

Et annet begrep som fremstår som viktig i relasjon til denne avhandlingen er konsernbegrepet. Bakgrunnen for dette er, som nevnt ovenfor under punkt 1.2, at diskusjonen om ansvarsgjennombrudd i første rekke har vært konsentrert rundt morselskapets ansvar for et datterselskaps forpliktelser.

Begrepet konsern vil i denne fremstillingen bli brukt i tråd med aksjelovenes legaldefinisjoner. Disse finner man i asl./asal. §1-3.

1.4 Aksjonærenes posisjon i selskapet

Før de utvalgte ansvarsgrunnlagene blir undergitt behandling, vil jeg gi en meget kort oversikt over aksjonærenes stilling i et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Det sentrale spørsmålet i denne sammenheng vil være hvilken rådighet og påvirkning over selskapets beslutninger aksjonærene i kraft av denne posisjonen normalt har i selskap av denne typen. Dette er et emne det kan skrives svært mye om. Her vil bare noen av hovedpunktene bli presentert.

Aksjonærene vil normalt ikke delta aktivt i den daglig ledelse av selskapet. Denne oppgaven er tillagt daglig leder, eventuelt selskapets styre, jfr. asl./asal. §6-14(1). En aksjonær kan heller ikke binde et selskap utad. Heller ikke kan denne retten delegeres til en aksjonær som sådan. Imidlertid er det ingenting i veien for at en aksjonær representerer selskapet utad etter reglene om avtalerettslig fullmakt eller prokura.

Den fremste arenaen for en aksjonær i et selskap vil være generalforsamlingen. Dette utgjør selskapets øverste myndighet, jfr. asl./asal. §5-1(1). Det vil favne for vidt i denne sammenheng å gå nærmere inn generalforsamlingens oppgaver.

Det må her presiseres at det som sies om aksjonærenes stilling overfor, bare gjelder isolert i forhold til aksjonærposisjonen. Hvis en aksjonær også innehar andre posisjoner i selskapet, vil bildet selvfølgelig se annerledes ut. I tillegg til dette kan også aksjonæren utøve innflytelse på annen måte i selskapet. Dette spørsmålet blir behandlet nærmere i punkt 3.4.7 nedenfor.

1.5 Det videre opplegg

Jeg vil i den videre fremstillingen behandle de to utvalgte grunnlagene etter tur. Jeg vil først ta for meg ansvar på erstatningsrettslig grunnlag. Her vil de vilkårene for erstatning bli behandlet, med særlig vekt på de ansvarsgrunnlagene som kan tenkes å være aktuelle.

Det store hovedfokuset i denne fremstillingen er imidlertid på ansvarsgjennombruddsspørsmålet. Som nevnt ovenfor er det stor uenighet om hvorvidt ansvarsgjennombrudd har noen plass i norsk rett. Det hersker også stor usikkerhet om hvordan en slik lære eventuelt skulle være utformet. I den forbindelse er det tre hovedspørsmål som reiser seg, og som vil bli undergitt særlig behandling.

For det første må det spørres om hvilken posisjon ansvarsgjennombrudd har i norsk rett i dag. Det andre spørsmålet er om hvilke vilkår som eventuelt kan knyttes til en slik lære. Deretter må det spørres om hvilke rettsvirkninger ansvarsgjennombrudd vil medføre. Alle disse spørsmålene vil bli behandlet etter tur nedenfor i del 3.

Avslutningsvis vil jeg søke å trekke noen tråder vedrørende de nevnte problemstillinger. I den forbindelse vil jeg også presentere mitt syn på problemstillingene knyttet til ansvarsgjennombrudd.

2 Ansvar på erstatningsrettslig grunnlag

2.1 Innledning

Det er ikke omtvistet at aksjeeierne kan bli ansvarlig overfor selskapets kreditorer på et erstatningsrettslig grunnlag. I norsk erstatningsrett har det tradisjonelt vært oppstilt tre vilkår for at ansvar skal kunne statueres. For det første må et ansvarsgrunnlag ligge til grunn. I tillegg må det foreligge en erstatningsmessig skade eller tap, og det må foreligge årsakssammenheng mellom den potensielt erstatningsbetingede handlingen, og skaden eller tapet.

Når det gjelder ansvarsgrunnlag, er det flere mulige grunnlag som i utgangspunktet kunne tenkes å gi hjemmel for en betalingsplikt for aksjonærer. Som det blir vist nedenfor, er det likevel liten tvil om at det er det ulovfestede culpaansvaret som fremstår som det klart mest aktuelle. Derimot vil jeg avgrense fremstillingen mot et mulig ansvar på objektivt grunnlag, siden dette i all hovedsak vil dreie seg om regler innen meget spesielle områder, uten større generell interesse for denne fremstillingen.

Vilkårene for ansvar vil det blitt gjort nærmere rede for etter tur senere i kapittelet. Jeg vil avslutningsvis trekke frem to typetilfeller av situasjoner hvor et slikt ansvar fremstår som aktuelt. Mange flere kunne vært gjenstand for behandling, men rammene for denne fremstillingen tilsier en slik begrensning. Disse typetilfellene er valgt ut fordi de fremstår som særlig relevante i forhold til denne fremstillingen, i det de berører grensen til ansvarsgjennombruddsspørsmålet.

2.2 Culpaansvar

2.2.1 Ansvar på grunnlag av aksjelovene

Etter aksjeloven av 1976 §15-1 kunne ansvar for kreditorenes tap statueres i forhold til aksjonærene med direkte hjemmel i lovteksten, riktignok med den begrensning at dette bare gjaldt medvirkeransvar. De nye aksjelovene av 1997 medførte en endring på dette punkt. Asl./asal. §17-1 befatter seg utelukkende med tap påført selskapet, og ikke aksjonærer eller kreditorer. I lys av dette må man i slike tilfeller falle tilbake på det ulovfestede culpaansvaret.

De nye aksjelovene har imidlertid fortsatt regler som berører et slikt erstatningskrav.

Et godt eksempel på dette, som også medførte en endring i rettstilstanden, er asl./asal. §17-6. Det var tidligere antatt at en enkeltkreditor ikke kunne fremme et direkte krav mot en aksjonær for det tap som denne hadde påført selskapet. Kreditor var her som hovedregel avhengig av at saken ble reist av selskapet selv, eller dennes konkursbo. Imidlertid fantes det eksempler på unntak i rettspraksis. Rt. 1993 s. 20 kan oppfattes som et utslag av dette (denne dommen vil bli undergitt nærmere behandling i neste kapittel). Asl./asal. §17-6 forutsetter derimot at muligheten til direkte krav eksisterer, ved at den fastslår at disse skal stå tilbake for selskapets krav. En streng språklig tolkning av denne paragrafen kan indikere at dette ikke utgjør noen hjemmel for dette i seg selv, men bare referer til unntakene i rettspraksis. Imidlertid hevder kommentarutgaven til aksjelovene at det synes mest nærliggende å oppfatte paragrafen som om den åpner for å fremme slike krav (Aksjeloven og Allmennaksjeloven - med kommentarer 1999). Det blir imidlertid understreket at dette bare gjelder kreditorens andel i selskapet tap, og ikke hele den udekkede fordring.

2.2.2 Ansvar på ulovfestet grunnlag

Som nevnt ovenfor er den ulovfestede culperegelen den mest sentrale erstatningsrettslige hjemmel for ansvar for aksjeeierne. Som vist under punkt 1.4 ovenfor, har aksjeeierne i utgangspunktet en begrenset rolle i selve driften av selskapet. Det er generalforsamlingen som er den fremste arenaen for aksjonærene. Ansvar kan for det første pådras som følge av generalforsamlingsbeslutninger. I tillegg til dette kan en aksjonær også pådra seg ansvar for en mer direkte, uformell påvirkning av selskapets beslutninger. Dette vil først og fremst ramme en dominerende majoritetsaksjonær. I teorien er det generelt antatt at ansvar for mindre aksjonærer bare kan tenkes rent unntaksvis (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 218).

Som kjent vil aksjonæren ofte være en juridisk person. En slik konstruert figur er i seg selv åpenbart ute av stand til å begå skadevoldende handlinger. Det blir da et spørsmål om organansvar, bygget på ulovfestede prinsipper. Ifølge disse prinsippene, kan en juridisk person bli ansvarlig for sine organers skadegjørende handlinger. Spørsmålet blir dermed hvilke personers handlinger en juridisk person skal anses å være ansvarlig for. Etter selskapsrettslig organteori vil handlinger av styre og generalforsamling falle innenfor denne rammen. Imidlertid hersker det usikkerhet i forhold til hvilke andre organer en slik identifikasjon kan sies å foreligge for. I tillegg

vil dette kunne varieres fra selskap til selskap. Blant annet vil dette avhenge av organhierarkiet i det aktuelle selskapet, og de konkrete omstendigheter i saken. Normalt vil man likevel kunne si at handlinger fra en enkelt styremedlem ikke kan identifiseres med selskapet (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 225).

Den ulovfestede culperegelen innebærer at det må foretas en vurdering av hvorvidt skadevolder har opptrådt så aktsomt som man kan forvente i en konkret situasjon. Gjennom rettspraksis og teori har det utkrystallisert seg en rekke elementer som vil være særlig relevante i en slik aktsomhetsvurdering. Det kan her sondres mellom objektive og subjektive momenter (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 221).

Når det gjelder de objektive elementer i adferdsnormen kan disse inndeles i tre hovedgrupper. Den første av disse gruppene er skrevne adferdsnormer. Har en aksjonær bidratt til overtredelse av en slik skreven atferdsnorm, ville dette tale for å statuere ansvar. Mest aktuelt i denne relasjon vil de av aksjelovenes regler som søker å beskytte kreditor være. Det finnes en rekke eksempler på regler av slik art. Også i andre lover kan det finnes atferdsnormer som fremstår som relevante i en slik sammenheng. Det kanskje beste eksemplet på dette vil være Straffelovens kapittel 27 vedrørende forbrytelser i gjeldsforhold. Av andre skrevne atferdsnormer vil jeg særlig trekke frem vedtekter og aksjonæravtaler, som regulerer forholdet mellom aksjonæren og selskapet.

Den andre hovedgruppen av objektive elementer i aksomhetsvurderingen er sedvaner. Hva som utgjør sedvanlig opptreden innen et spesielt område må avgjøres i forhold til aksjonærens stilling og selskapets virksomhet. Har aksjonæren opptrådt i samsvar med denne sedvanen, vil man som hovedregel ikke karakterisere opptreden som uaktsom.

Det siste hovedgruppen av objektive momenter er de reelle hensyn. En rekke hensyn kan her tenkes å spille inn. Erstatningsrettslig domspraksis har imidlertid særlig trukket fram skadeevne som et sentralt element. Lødrup forklarer begrepet som spørsmålet om risikoen for skade eller tap, sett i sammenheng med det eventuelle omfanget av dette (Lødrup 1995 s. 125). Jo større risikoen for skade er i det enkelte tilfelle og jo større skade som kan oppstå, desto større grunn er det til å utvise forsiktighet. Sett i forhold til området for denne fremstillingen, vil særlig selskapets kapitalgrunnlag tre frem som det momentet aksjonærens opptreden må vurderes i relasjon til. Hvis selskapskapitalen er solid, vil det forhold at selskapet utsettes for

tapsrisiko, lettere kunne aksepteres enn hvis selskapet sliter økonomisk.

Som nevnt tidligere må også subjektive momenter trekkes inn i aktsomhetsvurderingen. Dette dreier seg i denne sammenheng om forhold knyttet til den aktuelle aksjonæren. Generelt i teorien legger man som hovedregel til grunn en objektiv norm ved vurdering av skadevolder. Man vil ikke kunne høres med at man var spesielt «dum» eller uvitende. Derimot kan kravet til aktsomhet stige hvis det må antas at skadevolder besitter spesielle evner eller kunnskaper (Lødrup 1995 s. 140). Asmundsson/Gustavsson reiser spørsmålet om hvorvidt dette, knyttet til det aktuelle emnet, vil innebære et skjerpet aktsomhetskrav i forhold til en dominerende majoritetsaksjonær, hvis man her legger til grunn en presumsjon om særlig forretningsmessig innsikt (Asmundsson/Gustavsson 1995 s.223-224). Spesielt vil man kunne forvente en slik innsikt i konsernforhold, hvor morselskapet normalt bør ventes å inneha relativt detaljert informasjon om forholdene i datterselskapet.

2.3 Arbeidsgiveransvar/Organansvar

Man kan i utgangspunktet også tenke seg andre ansvarsgrunnlag enn culpaansvaret som aktuelle for å statuere ansvar for aksjeeier. Spørsmålet blir da om aksjonæren kan holdes ansvarlig for culpøs opptreden hos selskapets styremedlemmer. Dersom A pålegges ansvar for B's culpøse skadeforvoldelse, kalles dette aktiv identifikasjon (Askeland 2002 s. 19).

Et eksempel på et slikt grunnlag som har vært fremmet som en mulighet her, er arbeidsgiveransvaret som er hjemlet i Skadeserstatningsloven (skl) §2-1. Man kunne her tenke seg at aksjonæren ble holdt ansvarlig etter dette, for de handlinger deres ansatte foretok i selskapets styre. Hvorvidt ansvar på dette grunnlag virkelig forelå, ble lenge ansett som usikkert i norsk rett. Forarbeidene til Skadeserstatningsloven bidro ikke til å klargjøre spørsmålet, og rettslitteraturen var splittet (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 227-229). I lys av Rt. 1996 s. 742, «Minnor-dommen», må imidlertid dette spørsmålet nå anses for å være definitivt avklart.

Denne saken dreide seg om et selskap, Minnor AS, som hadde som formål å utvikle og foredle mineraler. Produktet nådde imidlertid aldri den forventede kvalitet, og virksomheten gikk konkurs. I lys av dette gikk diverse kreditorer til sak mot styremedlemmer i Minnor AS, samt Norcem og Elkem, de to eierselskapene styremedlemmene var ansatt i. Det er bare den delen av søksmålet som gjelder

aksjonærene som er av interesse i relasjon til denne fremstillingen. Kreditorene påberopte seg tre mulige grunnlag for ansvar; arbeidsgiveransvar, organansvar og ansvarsgjennombrudd (organansvaret vil bli behandlet like nedenfor, mens ansvarsgjennombrudd vil bli behandlet i neste del). Det var her på det rene at styremedlemmene fikk denne posisjonen som følge av sitt ansettelsesforhold i eierselskapet. Likevel fant Høyesterett at styremedlemmene hadde en selvstendig plikt til å handle i selskapets interesse, og ikke arbeidsgiverens. Retten konkluderte dermed med at arbeidsgiveransvaret ikke kom til anvendelse, verken generelt eller spesielt. Denne dommen kan vanskelig vurderes som noe annet enn et klart prejudikat for at skl. §2-1 ikke har noen plass i spørsmålet om ansvar for aksjonærer.

I utgangspunktet kunne man også tenke seg at ansvar for aksjeeiere kunne statueres på grunnlag av det ulovfestede organansvaret. Resonnementet bygger på at det ville være naturlig at man identifiserte styremedlemmene med eierselskapene, slik at man i realiteten anså at det var disse som satt i styret. Som nevnt like ovenfor, ble også organansvaret påberopt i Rt. 1996 s. 742 «Minnor-dommen». Men Høyesterett fant at heller ikke dette grunnlaget var anvendelig. Også her var begrunnelsen at medlemmer av styret har plikt til å handle i selskapets interesse, og kan ikke da samtidig vurderes å handle som organer i det selskap de er ansatt i. Etter denne dommen må det være klart at det ikke er plass til organansvar på dette området.

2.4 Andre identifikasjonsprinsipper

Som nevnt like ovenfor, kan ikke aksjonærer pålegges ansvar for styremedlemmers opptreden på grunnlag av aktiv identifikasjon etter reglene om arbeidsgiveransvar og organansvar. Spørsmålet blir da om andre ulovfestede identifikasjonsprinsipper kan medføre at aksjonæren kan bli ansvarlig for styremedlemmets handlinger.

Asmundsson/Gustavsson er av den oppfatning at ansvar kan pålegges på et slikt grunnlag (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 232). Også Fjortoft fremholder ansvar etter slike identifikasjonssynspunkter på dette området som en realitet (Fjortoft 1997 s. 308). Dommen i Rt. 1937 s. 600 har vært anført som støtte til et slikt syn. Andre teoretikere anser dommen som eksempel på ansvarsgjennombrudd, jfr. Hagstrøm (1993 s. 267-269).

Situasjonen i denne saken var at styret i aksjeselskapet AS Fossnes pådro seg selv og selskapet erstatningsansvar på grunnlag av culpøs opptreden overfor aksjonærene i

et annet selskap, i anledning fusjon mellom disse to selskapene. Imidlertid var det mest interessante aspektet ved dommen i denne sammenheng, at morselskapet ble ansvarlig ved siden av de to primære ansvarssubjektene. Dette til tross for at morselskapet her ikke hadde utvist skyld. Det ble i domspremissene ikke henvist til noe spesielt identifikasjonsgrunnlag for dette ansvaret.

Asmundsson/Gustavsson trekker frem to hovedvilkår for at ansvar for aksjonærer på et slikt grunnlag kan pålegges (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 232-233). For det første kreves det en særlig tilknytning mellom aksjonæren og styret/styremedlemmet. Et eksempel på dette er et ansettelsesforhold, men også andre forhold hvor aksjonæren har faktisk instruksjonsmyndighet. Dette vil typisk gjelde hvis styremedlemmet er et nært familiemedlem, men også hvis det dreier seg om selvstendige oppdragstakere, som situasjonen var i Rt. 1937 s. 600. Det andre hovedvilkåret er at styremedlemmets uaktsomme handlinger må være foretatt i aksjonærens interesse.

Det kan stilles spørsmålstegn med hvorvidt det er grunnlag for en slik aktiv identifikasjon på ulovfestet grunnlag innen dette området. Andenæs har satt spørsmålstegn ved om Rt. 1937 s. 600 bør opprettholdes som gjeldende rett (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 232). Høyesterett la i Rt. 1996 s. 724, «Minnor-dommen» som nevnt, sterk vekt på styremedlemmets selvstendige ansvar for å følge selskapets interesse, og satte et klart skille mellom dette og rollen som representant for aksjonærinteressen. De påståtte ulovfestete identifikasjonsprinsippene harmonerer dårlig med det prinsipielle syn Høyesterett ga uttrykk for her. I lys av dette må det anses som uavklart hvorvidt aksjonæren kan bli ansvarlig etter ulovfestede identifikasjonsprinsipper for culpøse handlinger i hans interesse, foretatt av styremedlemmer med særlig tilknytning til ham.

2.5 Årsakssammenheng

En av kriteriene for at ansvar skal kunne statueres er at det foreligger årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det erstatningsmessige tap (kausalitet). Som hovedregel legger man til grunn den såkalte betingelseslæren i vurderingen om hvorvidt det rettslig sett foreligger årsakssammenheng. Denne går ut på at A er årsak til B, dersom A er en nødvendig forutsetning for B's inntreden (Lødrup 1995 s. 255). Undertiden har domstolen istedenfor lagt hovedårsakslæren til grunn. Her blir det lagt vekt på hovedårsaken, når flere nødvendige årsaker

foreligger. Unntak kan tenkes fra disse utgangspunktene. Spesielt interessant i denne sammenheng er problemstillingen knyttet til kollektiv skadeforvoldelse. Her vil det som hovedregel foreligge solidaransvar for samtlige skadevoldere overfor den skadelidte.

Disse generelle erstatningrettslige reglene må vurderes i sammenheng med de situasjoner hvor en aksjeeier kan forårsake skade for kreditorene. Som nevnt tidligere er generalforsamlingen det stedet hvor aksjonæren normalt utøver sin myndighet. Hovedproblemstillingen blir dermed hvordan aksjonærenes stemmegivning, her kan sies å ha forårsaket en skadevoldende generalforsamlingsbeslutning. Enklest blir spørsmålet hvor det bare er en aksjonær i selskapet. Her vil det ikke oppstå noe årsaksproblem i det hele tatt. Problemene oppstår først hvor det er flere aksjonærer. Asmundsson/Gustavsson antar for sin del at ansvar bare kan pålegges hvis en aksjonær positivt har stemt for beslutningen (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 263). Dette medfører at hvis en aksjonær avholder seg fra å stemme, eller ikke møter på generalforsamlingen, vil kravet til årsakssammenheng ikke være oppfylt.

Et mer komplisert spørsmål er hvorvidt årsakskravet er oppfylt for samtlige som har stemt for beslutningen. Dette må vurderes nærmere i lys av den konkrete situasjonen. Hvis en aksjonær alene har stemmer nok for å vedta en beslutning, tilsier betingelseslæren at kravet til årsakssammenheng ikke er oppfylt for en mindre aksjonær. I en situasjon hvor ingen aksjonær har et slikt flertall, vil det antagelig være mest nærliggende å anse dette som kollektiv skadeforvoldelse.

I tilfeller hvor en aksjonær har påvirket selskapets beslutning på annen måte enn gjennom generalforsamlingsbeslutning, kommer også årsakskravet inn. Her må det kreves at aksjonæren har påvirket selskapet til å foreta den skadevoldende handling for at dette skal være oppfylt. Sannsynligvis vil bare en dominerende majoritetsaksjonær være i en posisjon til å utøve en slik påvirkning. Kjernen i dette problemet vil være hvorvidt aksjonærenes handlinger var en nødvendig betingelse for fordringshavernes tap. Et eksempel her vil være hvis en slik dominerende aksjonær benytter denne posisjonen til å påvirke selskapet til å foreta ulovlige utbetalinger (her kan imidlertid også tilbakeføringsplikten etter asl./asal. §3-7(2) komme inn).

Det bør også tilføyes at norsk rett avskjærer erstatningsansvar for fjerne og avledede tap. Det ville favne for vidt å underkaste denne såkalte adekvansproblematikken en

nærmere behandling i denne sammenheng.

2.6 Illojal tapping

Typetilfellet som skal behandles her, er de spørsmål som oppstår i forbindelse med rettsstridig overføring av aktiva fra selskap til aksjonær, ofte omtalt som tapping. Det må her foretas et fundamentalt skille mellom tilbakeføringsplikt etter asl./asal. §3-7, og erstatningskrav på culpagrunnlag.

Reglene om utdeling fra selskapet er regulert i asl./asal. §3-6. Her blir det fastslått hva som skal regnes som en utdeling, og at dette bare kan foregå etter nærmere presiserte grupper av regler. Konsekvensene av utdeling i strid med dette finner man i §3-7. I denne paragrafen blir det fastslått en restitusjonsplikt for den som har mottatt ulovlig utdeling, men det fordres uaktsomhet på aksjonærens hånd for at en slik plikt skal foreligge. Kravet er formulert som om man forstod, eller burde ha forstått at utdelingen var ulovlig. Det samme gjelder i forhold til dem som på selskapets vegne medvirker til beslutningen om utdelingen, jfr asl./asal. §3-7(2). Det må her understrekes at tilbakesøkningskrav etter asl./asal. §3-7 ikke er å anse som et erstatningskrav, selv om det må behandles likt på enkelte områder.

Dette betyr imidlertid ikke at det ulovfestede culpaansvaret ikke spiller en rolle på dette området. Restitusjonsplikten er begrenset til omfanget av den ulovlig utdeling, og gjelder utelukkende i relasjon til utdelinger i strid med enkelte presiserte regelgrupper. Undertiden kan dette vise seg utilstrekkelig. For det første kommer asl./asal. §3-7 ikke til anvendelse hvis reglene for utdeling er fulgt. Det kanskje mest aktuelle eksemplet her vil være når det har vært utbetalt utbytte basert på feil i regnskapene. Normalt vil en aksjonær ha liten berøring med et selskaps regnskapsførsel, men hvis selskapet har en dominerende majoritetsaksjonær kan forholdet være annerledes. I et slikt tilfelle vil veien i utgangspunktet være åpen for et søksmål på culpagrunnlag. Her kan imidlertid også asl./asal. §3-7(2) komme inn i bildet, hvis vilkårene i denne paragrafen foreligger.

Et annet eksempel som faller utenfor asl./asal. §3-7(1), er hvis utdeling er foretatt overfor aksjonærens heleide datterselskap. Restitusjonsplikten påhviler bare «mottaker», jfr. asl./asal. §3-7(1), 1 setn. Også er andre ledd et mulig grunnlag for betalingsplikt for aksjonæren. I lys av de vilkår for å pålegge ansvar for tilbakeføring etter denne paragrafen, er det et åpent spørsmål hvor aktuelt det ulovfestede

culpaansvaret er på dette punktet

Mer aktuelt vil et søksmål på culpagrunnlag være hvis den ulovlige utdelingen har medført et ytterligere tap for selskapet. Dette kan tenkes hvis utdelingen har medført mislighold av selskapsforpliktelser, og pådratt erstatningsansvar etter etterfølgende erstatningssøksmål. Det kan anføres at ansvarsgjennombruddssynspunkter bør komme til anvendelse i en slik situasjon, jfr. del 3 i fremstillingen.

2.7 Erstatningsansvar ved underkapitalisering

Som nevnt i kapittel 1 er aksjonærene ansvar for selskapets økonomiske forpliktelser begrenset til aksjelovenes krav til innskudd. Likevel kan erstatningsansvar i utgangspunktet pålegges en aksjonær hvis han kan bebreides for at selskapet er underkapitalisert i en slik grad, at virksomheten drives med uforsvarlig risiko. Som nevnt er det imidlertid selskapets ledelse som har ansvar for forvaltningen av selskapet, og som først og fremst risikerer å pådra seg ansvar på et slikt grunnlag.

Nå kan det reises spørsmål om rettsstilstanden på dette området er noe endret etter innføringen av asl./asal. §§ 3-4 og 3-5. Disse bestemmelsene henvender seg til styret, og innfører handleplikt hvis egenkapitalen er lavere enn det som må anses forsvarlig. Etter asl./asal. 3-5(1) 2 setn. skal styret i en slik situasjon legge frem tiltak for generalforsamlingen, for å rette opp egenkapitalen. Etter tredje setning i samme paragraf gjelder dette ubetinget hvis selskapets egenkapital er mindre enn halvparten av aksjekapitalen.

I denne sammenheng oppstår den relevante problemstilling hvis styret har oppfylt denne handleplikten. Vil aksjonærene nå kunne bli ansvarlig på culpagrunnlag hvis de på generalforsamlingen velger å ikke følge de skisserte tiltak? Det kan neppe oppstilles en generell hovedregel med et slikt innhold. Aksjeselskapets natur er slik at det ikke nødvendigvis er uforsvarlig å utsette selskapet, eller kreditorene, for tapsrisiko. Samtidig vil innføringen av disse reglene kunne gjøre det lettere å statuere ansvar overfor en aksjonær. I motsetning til tidligere, vil man nå presumptivt ha et klarerer bilde av selskapets situasjon. Aksjonærene vil ha hatt en oppfordring til å treffe tiltak, og velger vedkommende å ignorere dette, kan grensene for culpaansvaret være overtrådt.

3 Ansvarsgjennombrudd

3.1 Et spørsmål om identifikasjon?

Fjærtøft har i sin artikkel (Fjærtøft 1997) valgt en tilnærmingstype til ansvarsgjennombruddsspørsmålet som differensierer noe fra den linje valgt i den tidligere teorien. Han fremhever problemstillingen som et spørsmål om selskapsrettslig identifikasjon, istedenfor å fokusere på ansvarsregler som det meste annen teori innen emnet har gjort. Ifølge Fjærtøft er det «tankemessig uheldig» (s. 301) å rokke ved ansvarsbegrensningen i aksjeselskap slik den tradisjonelt har blitt forstått. Derfor vil han istedenfor definere problemstillingen utelukkende som et identifikasjonsspørsmål. Det opereres her med et skille mellom identifikasjon på spesielt og generelt grunnlag. Ansvarsgjennombrudd blir da etter denne synsmåten et spørsmål om generell identifikasjon.

Det er en interessant tilnærmingstype, og kan også på mange måter virke klargjørende. Imidlertid kan det å anse ansvarsgjennombrudd som utelukkende et spørsmål om identifikasjon ha visse negative sider. Særlig gjelder dette i forhold til de eventuelle rettsvirkninger statuering av ansvarsgjennombrudd i et konkret tilfelle ville medføre. Å følge en slik tilnærmingstype til sin ytterste konsekvens, vil kunne medføre løsninger som fremstår som skjematiske og lite fleksible. Dette gjelder for eksempel i forholdet til passive minoritetsaksjonærer, og forholdet mellom fordringshaverne og selskapet. Selv om Fjærtøft ikke kan oppfattes som utpreget dogmatisk på disse punkter, kan en så sterk betoning av de identifikasjonsmessige aspekter være egnet til å skape forvirring. Mine reservasjoner vedrørende dette vil bli konkretisert nærmere senere i avhandlingen, under behandlingen av rettsvirkningene av ansvarsgjennombrudd. Jeg vil altså ikke legge Fjærtøfts begrepsbruk til grunn videre, selv om hans synspunkter vil bli gjenstand for drøftelse.

3.2 Er det en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett?

Uttrykket «ansvarsgjennombrudd» er ikke nevnt i aksjelovene. De inneholder heller ingen hjemmel for gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen. Som nevnt under 1.1, understreker derimot lovene at aksjonærenes ansvar er begrenset til innskuddsforpliktelsen ved stiftelse eller kapitalforhøyelse. En eventuell regel om ansvarsgjennombrudd må dermed oppstilles på ulovfestet grunnlag.

Når det gjelder forarbeidene til aksjelovene, er de stort sett tause vedrørende problemstillingen knyttet til ansvarsgjennombrudd. Aksjelovutvalget berører ikke emnet i NOU 1996:3, annet enn med en kort bemerkning om at disse prinsippene kan ha betydning (s. 89-90). Det blir også understreket aksjelovens regler om ansvarsforhold ikke automatisk utelukker gjennomskjæring under spesielle omstendigheter. Justisdepartementet undergir spørsmålet en viss behandling. Departementet avslår å lovfeste en regel om ansvarsgjennombrudd, men antar at domstolen vil kunne godta en slik regel uten hjemmel i lov, jfr. Ot. prop. nr. 23 (1996-97) s. 117. Justiskomiteen slutter seg til dette, jfr. Innst. O. nr. 80 (1996-97) s. 45.

Derimot ble ansvarsgjennombrudd behandlet av aksjelovsgruppen i NOU 1992:29 s. 44. Deres konklusjon var at «man ikke kan avvise» et slikt ansvar i norsk rett. Dette blir fulgt opp av departementet, som imidlertid understreker at man ikke er villig til å gå lengre i å tillate ansvarsgjennombrudd enn hva som «trolig følger av gjeldende ulovfestet rett» jfr. Ot. prp. nr. 36 (1993-94) s. 89. Hvilke rettskildemessig vekt disse uttalelsene skal tillegges er imidlertid usikkert. Problemet er at aksjelovsgruppens forslag til ny aksjelov ble avvist av Stortinget, og sendt tilbake til Regjeringen. Bakgrunnen for dette var Norges tilslutning sin EØS-avtalen som medførte tilpasninger som dette lovforslaget ikke tok høyde for. Det må være klart at aksjelovsgruppens uttalelser ikke kan tillegges samme vekt som forarbeider til vedtatte lover. Dette er særlig begrunnet i at Stortinget ikke har underkastet denne NOU'en realitetsbehandling. Dermed har den ikke den autoritet og legitimitet som forarbeider normalt tillegges på bakgrunn av demokratihensyn. Derimot er det neppe grunn til å frakjenne dem enhver rettskildemessig vekt. Fjærtøft går kanskje noe langt når han rettskildemessig fører det ned på samme nivå som juridisk teori (Fjærtøft 1997 s. 310). Uttalelsene er uansett ikke uinteressante i en vurdering av ansvarsgjennombruddets plass i norsk rett.

Det kan også reises andre spørsmål vedrørende aksjelovsgruppens og departementets betraktninger vedrørende ansvarsgjennombrudd. De synes å bygge på en forutsetning om at det i dag eksisterer en regel med et slikt innhold, samtidig som de motsetningsvis uttrykker tvil om dette er tilfellet. Som det vil komme frem senere i fremstillingen, er jeg personlig ikke overbevist om at det finnes grunnlag i rettspraksis som dokumenterer eksistensen av en slik regel i norsk rett.

Når det gjelder rettspraksis, har en rekke dommer vært trukket frem i teorien som

mulige eksempler på ansvarsgjennombrudd.² Det som er felles for alle disse dommene er at ingen av dem bygger direkte på betraktninger om ansvarsgjennombrudd i sin begrunnelse. Asmundsson/Gustavsson har analysert praksis frem til tidspunktet for utgivelsen av deres artikkel, og viser at samtlige dommer kan baseres på eksisterende grunnlag uten at dette virker anstrengt. (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 282-285). Jeg kan i all hovedsak slutte meg til deres analyse. Et forsøk på å begrunne disse i en lære om ansvarsgjennombrudd har, med et mulig unntak nær, etter min oppfatning lite for seg. Dette eventuelle unntaket er Rt. 1993 s. 20, den såkalte «Sjødal-dommen». Det har liten hensikt i lys av dagens rettskildesituasjon å undergi alle disse dommene en nærmere behandling. Av praksis pre-1996 vil jeg derfor begrense meg til å konsentrere meg om «Sjødal-dommen».

Rt. 1993 s. 20 «Sjødal-dommen» dreide seg primært om ansvar for styremedlemmer. Det ble ikke prosedert på ansvarsgjennombrudd. Sakens faktum dreiet seg om den omstendighet at et aksjeselskap var ute av stand til å gjøre opp forpliktelsene sine overfor selskapskreditorene. Dette skyldes hovedsakelig overføringer fra selskapet til den dominerende aksjonæren, som i egenskap av denne også var styreformann i selskapet. Høyesterett slo fast at enkeltkreditorer ikke kan gjøre gjeldende erstatningsansvar mot styremedlemmer etter Aksjeloven av 1976 §15-1. Men til tross for dette avslo Høyesterett likevel anken og fant Sjødal ansvarlig. Begrunnelsen for dette bygde på «en totalvurdering av saksforholdet». De elementene som domstolen trekker frem i totalvurderingen, er handlemåten til personene bak selskapet, og kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av selskapet. Høyesterett fant at Sjødal sin medvirkning til at beløp ble utbetalt til andre, og hans disponering over selskapsmidler utbetalt til seg selv representerte «et klart og forsettlig rettsbrudd i forhold til kreditorene».

Det neste spørsmålet som må stilles hvor man kan plassere denne dommen rettslig. Asmundsson/Gustavsson vurderer dette som et utslag av det alminnelige culpaansvaret (Asmundsson/Gustavsson 1995 s. 285). De baserer dette på at det her foreligger et klart og forsettlig rettsbrudd. Denne vurderingen av dommen kan imidlertid kritiseres. Fjørtoft knytter dommen til gjennomskjæringssynspunkter (Fjørtoft 1997 s. 312). Etter hans oppfatning er det problematisk å forklare dommen utfra erstatningsrettslige synspunkter. Begrunnelsen for dette ligger i det

²Rt. 1932 s. 1015, Rt. 1937 s. 21, Rt. 1937 s. 600, Rt. 1962 s. 988, Rt. 1970 s. 871, Rt. 1975 s. 198, Rt. 1976 s. 1117, Rt. 1979 s. 81, Rt. 1985 s. 1221, Rt. 1991 s. 119, Rt. 1992 s. 236, Rt. 1993 s. 20, Rt. 1996 s. 672 og Rt. 1996 s. 742

vurderingstema domspremissene legger til grunn. Høyesterett foretok som nevnt overfor en totalvurdering av saksforholdet. Det er bred enighet om det er en slik totalvurdering som må legges til grunn hvis man aksepterer en lære om ansvarsgjennombrudd. Derimot passer en slik vurdering dårlig som grunnlag for en drøftelse om hvor vidt grunnvilkårene for erstatning foreligger. Domstolen syntes heller ikke å ha foretatt en slik drøftelse.

Det kan imidlertid reises innvendinger mot å anse dommen som et eksempel på ansvarsgjennombrudd. For det første er ansvarsgjennombrudd ikke noe eksplisitt tema i saken. Hvis Høyesterett ville anerkjenne en slik lære i norsk rett vil det være å håpe at det ville bli gjennomført en noe mer prinsipiell drøftelse av emnet. Som nevnt ovenfor var det heller ikke prosedert på ansvarsgjennombrudd i dommen.

Er annet moment som trekker i samme retning, er den konkrete utformingen av drøftelsen. Hvis man ser bort i fra den totalvurderingen domspremissene legger opp til, er det lite som minner om en ansvarsgjennombruddsdrøftelse. Fokuset er hele tiden rettet mot Sjødals rolle som styreformann, ikke hans rolle som dominerende i aksjonær i selskapet. Nå kan det jo innvendes, som Fjærtøft gjør (Fjærtøft 1997 s. 313), at det ligger implisitt at han fikk denne stillingen gjennom sin aksjonærposisjon, og det er derfor forholdet mellom de posisjonene ikke er nærmere kommentert.

Det er liten tvil om at det er vanskelig å plassere dommen rettslig. Høyesterett har åpenbart tatt hensyn til de sterke rimelighetshensyn som tilsa at Sjødal burde stilles ansvarlig, og nærmest trukket opp løsningen på frirettslig grunnlag. Personlig stiller jeg meg, i motsetning til Hagstrøm og Fjærtøft, skeptisk til å klassifisere denne dommen som et utslag av ansvarsgjennombruddssynspunkter. Hvis man har en positiv grunnholdning til ansvarsgjennombrudd vil man finne det beklagelig at Høyesterett ikke benyttet anledningen til å forankre avgjørelsen på et slikt rettsgrunnlag. Det konkrete saksforholdet var ypperlig egnet til å konstatere en slik lære som en del av norsk rett. Likevel bør det i hvert fall være helt klart at dommen ikke har slike kvaliteter at den er egnet som et prejudikat for ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Til det er begrunnelsen for vag og lite konkret i utformingen. Som vist nedenfor har Høyesterett da heller ikke tilsynelatende tillagt dommen en slik verdi. Imidlertid er jeg åpen for at hvis domstolen senere skulle anerkjenne en slik rett til ansvarsgjennombrudd, vil denne dommen i ettertid kunne oppfattes som et første steg i denne retning. Nå heller jeg personlig til å anse dommen som et utslag av alminnelige culpansvaret med et spesielt vurderingstema.

Den mest interessante dommen vedrørende ansvarsgjennombrudd er utvilsomt Rt. 1996 s. 672, den såkalte «Kongepark-dommen». Saken omhandlet fornøylesparken med samme navn i Ålgård i Rogaland. Parken ble kjøpt av Park Holding AS. Den daglige driften av parken ble imidlertid skilt ut i et eget datterselskap kalt Kongeparken AS. Dette selskapet tok seg av drift, service og markedsføring. Imidlertid gikk virksomheten dårlig, og Kongeparken AS ble etterhvert slått konkurs. Spørsmålet ble da om kreditorene hadde anledning til å trenge gjennom ansvarsbegrensningen, og kreve Park Holding for de fordringer som ikke ble dekket. I motsetning til Rt. 1993 s. 20, «Sjødal-dommen», ble det her i saken direkte prosedert på ansvarsgjennombrudd. Høyesterett fant enstemmig at denne innsigelsen ikke kunne føre frem. Retten tok ikke uttrykkelig standpunkt til om ansvarsgjennombrudd var anvendelig etter norsk rett. De fant at det ikke var nødvendig å ta standpunkt til dette for å komme frem til et resultat i den konkrete saken, i det de mulige kriteriene som Høyesterett oppstilte for ansvarsgjennombrudd i dommen ikke var oppfylt. Disse kriterienes nærmere innhold vil bli behandlet nedenfor under 4.3.

Man kan vel si at vurderingen av Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen», avhenger av hvilket grunnsyn man generelt har til ansvarsgjennombrudd. Hvis man i utgangspunktet var negativ til at det er, eller bør være en del av norsk rett, inneholder domsslutningen lite som er egnet til å få noen til å endre oppfatning. Som et typisk eksempel på et slikt syn kan man nevne Grønland (1996 s. 110). Også Andenæs omtaler Høyesteretts uttalelser som restriktive (Andenæs 1998 s. 45). Hvis man derimot er positiv til ansvarsgjennombrudd i norsk rett, vil man finne flere aspekter ved dommen som støtter opp under et slikt syn. Særlig det forhold at Høyesterett tok bryet med å oppstille kriterier for en slik vurdering, taler for at veien er lagt åpen for en lære med et slikt innhold. Dette var slettet ikke nødvendig for resultatet i dommen, og kan tolkes som et sterkt signal i retning av anerkjennelse for ansvarsgjennombrudd. Man skal allikevel være forsiktig med å lese for mye inn i dette. Når Krüger hevder at Høyesterett med «Kongepark-dommen» til klargjøring har slått fast at ansvarsgjennombrudd er en del av norsk rett, er dette etter min oppfatning ikke holdbart (Krüger 1996 s. 289). Dette synspunktet lar seg vanskelig forene med domspremissene slik disse er utformet. Som nevnt ovenfor tar Høyesterett innledningsvis utvetydig avstand fra å besvare dette spørsmålet. Dette blir terminologisk fulgt opp gjennom hele dommen, for eksempel ved konsekvent bruk av begrepet «eventuelt ansvarsgjennombrudd», og det er heller aldri senere noen

antydning om at dette spørsmålet er blitt definitivt løst en gang for alle.

Den tredje dommen som bør trekkes frem i en drøftelse om ansvarsgjennombrudd er Rt. 1996 s. 724, den såkalte «Minnor-dommen». Sakens faktiske omstendigheter er redegjort for i del 3. Ansvarsgjennombrudd var ett av tre alternative grunnlag Minnors fordringshavere prosederte på overfor eierselskapene for å få konstatert ansvar hos disse. Høyesterett forkastet anken også på dette punktet. I likhet med Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen» tok man heller ikke her standpunkt til hvorvidt det er muligheter for ansvarsgjennombrudd etter norsk rett. Retten fant at dette ikke var nødvendig, i det de eventuelle vilkårene for en slik gjennomskjæring uansett ikke var oppfylt. Ellers nøyer man seg stort sett med å henvise til uttalelser fra den forannevnte avgjørelsen i Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen». Rt. 1996 s. 724 «Minnor-dommen» bidrar altså med lite nytt til hvilken plass ansvarsgjennombrudd har i norsk rett i forhold til denne tidligere dom.

Siden disse dommene har ikke Høyesterett behandlet en sak hvor ansvarsgjennombrudd eksplisitt har vært et tema. Derimot er det eksempler fra underrettspraksis hvor det har vært prosedert på dette grunnlaget. Så langt jeg har kunnet bringe på det rene, har ingen vært kronet med suksess. Dommene har i liten grad bidratt med noe nytt i forhold til tidligere rettspraksis. Den ferskeste, og i denne relasjon den mest interessante etter min oppfatning, av de omtalte underrettsdommene ble avsagt av Frostating lagmannsrett den 23/12 2002 (LF 2002/00197).

Faktum i saken var at en person var eneaksjonær, styreleder og daglig leder i et aksjeselskap som bedrev produksjon av rugeegg for kyllingproduksjon. Problemstillingen i saken var om hvorvidt eneaksjonæren kunne holdes ansvarlig for saksomkostninger ilagt selskapet i en rettstvist. Ansvarsgjennombrudd ble her anført som et mulig grunnlag. Domstolen refererte til Høyesteretts uttalelser i Rt. 1996 s. 672. Imidlertid gikk man videre og henviste til forarbeidene og juridisk teori. Ifølge dommen ble det «antatt at domstolen vil kunne godta et slikt prinsipp uten hjemmel i lov». Nå kan jo disse uttalelsene langt fra vurderes som den endelige bekreftelsen på at ansvarsgjennombrudd kan statueres etter norsk rett, men grunnholdningen virker en anelse mer positiv enn tidligere rettspraksis. Det skal også presiseres at dette er en underrettsdom, hvilket selvfølgelig sterkt begrenser den rettskildemessige vekten. Ansvarsgjennombrudd ble heller ikke statuert i denne saken, i det domstolen fant at vilkårene for ansvarsgjennombrudd slik de var fremsatt i Rt. 1996 s. 672, ikke var

oppfylt.

Det har hersket uenighet innen norsk teori om eksistensen i praksis av en lære om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Man kan vel allikevel si at juridisk teori har vært overveiende negative til ansvarsgjennombrudd. For eksempler i rettsteorien som inntar et slikt standpunkt kan nevnes Hagstrøm (1993 s. 281), og Asmundsson/Gustavsson (1995 s. 293) før 1996-dommene. Etter dette tidspunktet kan det vises til Grønland (1996 s. 110), og Fjærtøft (1997 s. 314) for samme oppfatning etter en vurdering i lys av disse dommene. Blant de teoretikere som har stilt seg mer positive til ansvarsgjennombrudd kan trekkes frem Martinussen/Aarbakke (1991 s. 538) og Aarum (1994 s. 35) fra før 1996-dommene. Kommentartutgaven til de nye aksjelovene (1999 s. 34) stiller seg i utgangspunktet nøytralt til om hvorvidt en slik regel eksisterer etter norsk rett. Man nøyer seg med å henvise til at flere fremstillinger bygger på at ansvarsgjennombrudd er mulig etter norsk rett.

I lys av de foreliggende rettskildefaktorene er det etter min oppfatning ikke grunnlag for å si at det i dag de lege lata, eksisterer noen regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Rt. 1993 s. 20, «Sjødal-dommen», er vel den dommen fra rettspraksis som det er nærmest å vurdere som et utslag av slike synspunkter. Som nevnt ovenfor er jeg mest tilbøyelig til å ikke oppfatte den slik, noe som understøttes av at Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen» ikke omtaler denne dommen i relasjon til spørsmålet om ansvarsgjennombrudd. Med det må også tilføyes at Høyesterett på ingen måte har avvist en slik lære totalt, men tvert imot har lagt et grunnlag for å gå videre langs en slik linje hvis det skulle vise seg å oppstå et behov for dette i praksis.

3.3 Ansvarsgjennombrudd i fremmed rett

3.3.1. Innledning

I en situasjon hvor man står overfor et komplisert rettslig spørsmål og rettskildebildet er såpass mangelfullt som det er i relasjon til ansvarsgjennombrudd, vil det ofte fremstå som naturlig å søke inspirasjon fra fremmed rett. Når man undersøker hvordan disse spørsmålene er løst i rettskulturer som tradisjonelt står norsk rett nær, vil det ofte gi anvisning på gode løsninger også for vårt rettssystem. Imidlertid må det understrekes at det ikke er automatikk i at hva som utgjør en god løsning i en rettssystem, nødvendigvis også gjør dette i et annet.

Dette er et poeng som blir påpekt i kommentarutgaven til aksjelovene (Aksjeloven og Allmennaksjeloven - med kommentarer 1999 s. 34). Her blir det fremholdt at det i relasjon til fremmed rett er mest interessant hvilke type tilfeller som her skaper problemer. Det manes til forsiktighet med å overføre argumentasjonen som blir fremført til norske forhold. To hovedbegrunnelser trekkes frem som begrunnelse for dette. For det første forekommer det ofte at rettsstilstanden i fremmed rett må vurderes i lys av enkelte rigide tolkningsprinsipper som ikke preger norsk rett. For det andre kjenner ikke fremmed rett alminnelige rettsprinsipper som etter norsk rett anvendes som supplement til lovgivningen. Fremstillingen av ansvarsgjennombrudd i svensk og amerikansk rett som blir gitt like nedenfor, må leses med disse reservasjonene lagt til grunn. Særlig må det påpekes at forhold som vurderes som et spørsmål om ansvarsgjennombrudd i en annen rettskultur, vil kunne løses på annet grunnlag i norsk rett.

3.3.2 Svensk rett

3.3.2.1 Generelt om svensk rett på dette området

Svensk rett har visse særegenheter i forhold til norsk rett som gjør at ansvarsgjennombrudd kan fremstå som mer aktuelt her. Bakgrunnen for dette er hvordan de svenske erstatningsreglene er utformet. Særlig aktuelt i så måte er den såkalte «spærreglen» i Skadeståndslagen 2 kap. 4 §. Dette innebærer at man som hovedregel ikke kan holdes erstatningsansvarlig for ren formuesskade, dersom skaden ikke er forårsaket av en straffbar handling. Imidlertid gjelder dette ikke der ansvaret for formuesskader er hjemlet i lov, slik tilfellet er på dette området. Men ansvaret er likevel begrenset til tilfeller hvor det foreligger forsett eller grov uaktsomhet, og hvor Aktiebolagslagen eller vedtektene er overtrådt. Som vist under kapittel 3 i fremstillingen ovenfor, innebærer allikevel dette en markert forskjell fra den culpavurderingen som ligger til grunn for en erstatningsansvaret i norsk rett. Allikevel kan neppe svensk rett beskrives som ubetinget liberal i spørsmålet om ansvarsgjennombrudd. Tilfeller av gjennomskjæring som man etter norsk rett ville ha blitt henført under annet grunnlag, vil man i Sverige anse som utslag av ansvarsgjennombrudd.

3.3.2.2 Lov/forarbeider

I likhet med norsk rett har svensk rett som grunnprinsipp at deltakerne ikke har noe

personlig ansvar utover aksjeinnskuddet, jfr. 1 kap. 1 § 1 setn. i Aktiebolagslagen. Noen generell lovhjemmel for ansvarsgjennombrudd er, i likhet med i norsk rett, heller ikke gitt i Sverige.

Spørsmålet om en eventuell lovfesting av adgangen til ansvarsgjennombrudd har lenge vært både et juridisk og politisk stridsspørsmål i Sverige. På 1980-tallet fremla Betalningsansvarskommittén foreslo i sin betenkning Ansvarsgenombrot m.m., SOU 1987:59, en alminnelig regel om ansvarsgjennombrudd i Aktiebolagslagen og loven om økonomiske foreninger. En slik gjennomskjæring kunne skje hvis en aksjonær eller andre med bestemmende innflytelse brukte denne på et utilbørlig sett overfor kreditorene, og dette medførte at selskapet var ute av stand til å gjøre opp sine forpliktelser. Imidlertid var det en forutsetning at selskapets økonomiske grunnlag var åpenbart utilstrekkelig i forhold til virksomhetens art og omfang, samt den forutsigbare risiko denne medførte. Imidlertid ble dette forslaget aldri vedtatt. Hovedinnvendingen mot forslaget var at begrepene var for upresise, og at dette ville skape rettsusikkerhet.

Imidlertid ga den svenske regjeringen Aktiebolagskommittén i oppdrag å utrede spørsmålet videre. Dette arbeidet ble avsluttet januar 2001 når forslag til ny aksjelov, SOU 2001:1, ble fremlagt. I sitt arbeid vurderte komiteen blant annet hvilke alternativer for utforming av lovtekst som kunne være aktuelle. I tillegg foretok de en vurdering av behovet for en slik lovfesting tatt i betraktning rettsutviklingen på dette området siden midten av 1980-tallet. Komiteen konkluderte med at behovet for en slik lov var enda mindre enn da Betalningsansvarighetskommittén forslag ble fremlagt. Videre understreket de rettsikkerhetsproblematikken knyttet til utformingen av en slik generalklausul. Komiteens anbefaling ble i lys av dette, at det ikke ble gitt en generell regel vedrørende ansvarsgjennombrudd.

3.3.2.3 Rettspraksis

Den grunnleggende dommen i svensk rett relatert til ansvarsgjennombrudd er NJA 1947 s. 647. Det aktuelle aksjeselskapet ble stiftet av fem deltakere. Aksjonærgruppen bestod av en by og fire aksjeselskaper. Selskapets formål var drift og forvaltning av et damanlegg. Aksjonærene dro nytte av virksomheten uten at vederlag ble gitt. Etter noen års drift pådro selskapet seg erstatningsansvar overfor tredjemann i forbindelse med en flom som gjorde skade på nærliggende eiendom. Selskapet var imidlertid ute av stand til dekke denne fordringen. Som konsekvens av dette rettet den skadelidte

kravet videre mot aksjonærene. Dette fikk han medhold i av Högsta Domstolen. Selskapskonstruksjonen som sådan ble ikke underkjent, men allikevel ble aksjonærene funnet ansvarlig for selskapets gjeld.

Svensk retts øverste domstol, Högsta Domstolen, har også i enkelte andre tilfeller statuert ansvarsgjennombrudd på delvis annet grunnlag. Ifølge Löfgren er imidlertid den forannevnte dommen, NJA 1947 s. 647, den eneste hvor HD direkte fastlegger ansvarsgjennombrudd for aksjeeiere i et aksjeselskap (Löfgren 2002 s. 16). Imidlertid finnes det flere eksempler på gjennomskjæring etter ansvarsgjennombruddssynspunkter i svensk underrettspraksis.

3.3.2.4 Juridisk teori

Svensk rettslitteratur på dette området har vært relativt omfattende. Det ville favne for vidt å gi en detaljert fremstilling av denne her. Jeg vil nøye meg med å trekke frem professor Knut Rodhe sine synspunkter, som disse ble fremstilt i festskrift til Jan Hellner i 1984 (Löfgren, 2002 s. 17 og Brocker 1996 s. 32). Ifølge Rodhe kan man utfra domspremissene i NJA 1947 s. 647 trekke ut tre kriterier som til sammen kan gi grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Disse lyder:

- 1. Selskapet har ingen selvstendig forretningsmessig evne,**
- 2. Selskapet har ingen selvstendig forvaltning,**
- 3. Selskapet var underkapitalisert i forhold til den virksomhet den skulle bedrive.**

Löfgren anser dette for å gi uttrykk for gjeldende rett i Sverige i dag, vedrørende hva som kreves for ansvarsgjennombrudd. Man kan dermed fastslå at dette kun er å anse som en snever unntaksregel. Selv om ansvarsgjennombrudd utvilsomt er en realitet i svensk rett, er det et åpent spørsmål hvorvidt dette innebærer at den totalt sett er mer restriktiv i forhold til en aksjeeier i ansvarsspørsmål enn hva tilfellet er for norsk rett.

3.3.3 Amerikansk rett

3.3.3.1 Generelt om amerikansk rett

Det kan herske liten tvil om det er i amerikansk rett at læren om ansvarsgjennombrudd er mest utviklet. Utgangspunktet i amerikansk rett er imidlertid i likhet med norsk rett, at aksjeselskapet er en selskapsform som er fri for personlig ansvar utover aksjeinnskuddet. Aksjeselskapet er en juridisk person som i utgangspunktet nyter samme konstitusjonelle vern som en fysisk person. Regler om ansvarsgjennombrudd er heller ikke lovfestet hverken på føderalt eller delstatlig nivå. Ansvarsgjennombruddets posisjon i amerikansk rett har dermed blitt skapt gjennom domstolene.

Flere uttrykk brukes for å beskrive det vi i norsk rett omtaler som ansvarsgjennombrudd. Den mest kjente er «piercing the corporate veil»-doktrinen. Men også «lifting the corporate veil», og «disregard of the legal entity» brukes som synonyme begrep på dette. Til tross for at det foreligger omfattende praksis over langt tid vedrørende dette emnet, foreligger det selv ikke i dag helt klart fastlagte kriterier for ansvarsgjennombrudd i amerikansk rett. Imidlertid har flere prinsipper utkrystallisert seg gjennom praksis som relevante i vurderingen. Noen av de mest sentrale vil i den forbindelse bli undergitt kortfattet behandling nedenfor.

Ifølge Brocker er det en grunnleggende forutsetning for ansvarsgjennombrudd i amerikansk rett at det dreier seg om et selskap med bare en eller et fåtall aksjonærer (Brocker 1996 s. 66). I tillegg spiller flere ytterligere faktorer inn i vurderingen. Brocker trekker frem to hovedteorier innen ansvarsgjennombruddsdoktrinen i amerikansk rett. På den ene siden har vi «the equitable theory», og på den andre «the enterprise theory». Førstnevnte teori sin hovedtese er at selskapet og personene bakom dette, har opptrådt overfor tredjemann på en slik måte at det ville fremstå som urimelig å tilkjenne selskapet egen rettssubjektivitet. Sentrale elementer i en ansvarsgjennombruddsvurdering etter en slik synsmåte ville være underkapitalisering og illojale oppførsel.

Når det gjelder den sistnevnte teori bedømmer domstolene hvorvidt det formelle juridiske skillet vedrørende økonomi, ledelse etc. mellom selskapet og aksjonærene også er fulgt opp i praksis. Hvis dette ikke skulle være tilfelle, kan domstolen i visse tilfeller se bort i fra i den formelle selskapskonstruksjonen, og pålegge aksjonæren ansvar for selskapsforpliktelsene. En omstendighet som kan fremstå som sentral i det enkelte tilfelle, er hvorvidt det er å anse som støtende at solvent eier skal unndra seg betalingsansvar bare fordi han har organisert sin næringsvirksomhet på en bestemt måte. Dette blir omtalt som «the justice of the case».

3.3.3.2 Kriterier for ansvarsgjennombrudd

Et sentralt begrep relatert til ansvarsgjennombrudd i amerikansk rett er «the Fisser test». Uttrykket stammer fra saken Fisser v. International Bank hvor det i domspremissene ble satt opp tre kriterier for at det skulle foreligge en slik mangel på selvstendighet for selskapet, at det var naturlig å skjære igjennom ansvarsbegrensningen. Elementene som ble fremhevet i dommen er control, abuse og proximate cause. For det første kreves det altså at aksjonærene skal ha hatt dominerende rådighet over selskapet. Det andre kravet er at denne skal ha vært utøvet på en klanderverdig måte. For det tredje kreves det at det foreligger årsakssammenheng mellom disse forholdene og den ansvarsutløsende situasjonen.

Undertiden har det i enkelte tilfeller i praksis vært en forutsetning for ansvarsgjennombrudd at aksjonæren har hatt fullstendig dominans og kontroll over det aktuelle selskapet. I saken Taylor v. Standard Gas & Electric Co. ble det trukket frem 11 momenter som var av betydning for at det forelå en slik dominerende rådighet. Ifølge Brocker har disse såkalte «the Taylor factors» blitt tillagt stor betydning i de senere års praksis vedrørende ansvarsgjennombrudd (Brocker 1996 s. 68). Imidlertid er det ikke nødvendig at samtlige elementer foreligger for at domstolen skal statuere ansvarsgjennombrudd. Videre har betydningen av de enkelte faktorer variert fra sak til sak.

Som nevnt like ovenfor i forbindelse med «the Fisser test» kan man si at dominans og kontroll er nødvendige men ikke tilstrekkelige forutsetninger for ansvarsgjennombrudd etter amerikansk rett. I tillegg kreves det at denne rådigheten har blitt misbrukt på en eller annen måte. En rekke mulige faktorer kan trekkes inn i en slik vurdering. Mange av disse vil være vel kjent fra ansvarsgjennombruddsdebatten i norsk rett, se i punkt 3.4 nedenfor. Dette vil typisk gjelde forhold som underkapitalisering og illojal tapping. Brocker trekker også frem andre forhold som brudd eller omgåelse av lovregler, og brudd på avtaleforpliktelser.

3.4 Hvilke kriterier skal legges til grunn for ansvarsgjennombrudd?

3.4.1 Innledning

I tillegg til at det er betydelig uenighet om hvorvidt ansvarsgjennombrudd er en del

av norsk rett, hersker det også stor usikkerhet om hva en slike lære eventuelt nærmere skal inneholde. Et viktig delspørsmål her er om hvilke kriterier skal legges til grunn for at fordringshaverne skal kunne trenge gjennom ansvarsbegrensningen på grunnlag av ansvarsgjennombruddssynspunkter. Det må være helt klart at det må stilles strenge vilkår for slik gjennomskjæring. Hensynet til ansvarsbegrensningens formål tilsier at ansvarsgjennombrudd i tilfelle må anses som en snever unntaksregel. Det er i alle fall bred enighet om at en eventuell fastsetting av ansvarsgjennombrudd må skje på bakgrunn av en skjønnsmessig helhetsvurdering. Selv om der er enighet om dette, har det imidlertid vist seg vanskelig å utpense kriteriene i denne vurderingen mer konkret.

Siden ansvarsgjennombrudd ikke er direkte lovregulert, er det lite å hente i lovtekst eller forarbeider. Derimot er emnet behandlet i NOU 1992:29 s. 44, altså i forarbeidene til den aksjelov som aldri ble vedtatt. Her foreslås det at gjennomskjæring kan skje hvis det er «utilbørlig eller klart urimelig» mot de interesser, unntatt den dominerende aksjonærinteressen, som er knyttet til selskapet å opprettholde ansvarsbegrensningen. Betraktninger vedrørende den generelle rettskildemessige vekt som kan tillegges disse uttalelsene har jeg kommet med under 4. 2 ovenfor.

Likeledes er det få sikre holdepunkter i rettspraksis heller, på bakgrunn av at denne læren aldri har blitt anerkjent av domstolene. Men enkelte antydninger kan man likevel finne. Den første uttalelsen som er av interesse finner man i Rt. 1991 s. 119. Dommen gjelder erstatningsansvar for styremedlemmer og ikke ansvarsgjennombrudd, men den er allikevel relevant i denne sammenheng. Her slås det fast at «det må kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere». Dette er vel ikke i seg selv spesielt oppklarende i relasjon til en nærmere utforming av kriteriene for en slik gjennomskjæring.

I Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen» prøvde Høyesterett å utpense nærmere kriterier for ansvarsgjennombrudd. Sakens faktiske omstendigheter er gjort rede for i 4.1 ovenfor. Som nevnt der tok retten ikke standpunkt til hvorvidt ansvarsgjennombrudd var en mulighet etter norsk rett. Høyesterett trakk allikevel frem to kriterier for en eventuell slik vurdering i denne dommen:

«(1) Fremtrer det som **utilbørlig** overfor kreditorene å opprettholde

*ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en **sammenblanding** mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern. De to sett argumenter må sees i sammenheng, og det må foretas en **helhetsvurdering**.*» (Min utheving).

Høyesterett understreker imidlertid at drøftelsen bare «hovedsakelig» må baseres på de argumenter trukket frem i dommen. Disse momentene kan altså ikke regnes for uttømmende for hva som kan være relevant i en ansvarsgjennombruddsvurdering. En spørsmål som oppstår i den forbindelse er hvorvidt det er en nødvendig forutsetning for ansvarsgjennombrudd at det er forekommet sammenblanding av selskaper, eller mellom selskapets midler og andre midler. Kommentartutgaven til aksjelovene oppfatter ikke dommen slik at dette er en absolutt forutsetning (Aksjeloven og Allmennaksjeloven - med kommentarer 1999 s. 34). Hvis man vurderer rettspraksis etter 1996, er inntrykket at dette i praksis blir vurdert som en nødvendig betingelse. Eksempler på dette finner man i en dom av 23/12-2002 fra Frostating lagmannsrett (LF 2002/00197), samt en dom av 18/12-1998 fra Borgarting lagmannsrett (LB 1997/00163). Selv om spørsmålet ikke blir reist utvetydig, er begge dommene nærmest å oppfatte på en slik måte. Uansett er dette neppe tilstrekkelig til at spørsmålet kan sies å ha fått sin endelige løsning.

Det må altså foretas en helhetsvurdering av det konkrete saksforholdet for eventuelt å kunne konstatere ansvarsgjennombrudd. I lys av at Høyesterett åpnet også for andre momenter medfører dette at en eventuell vurdering i utgangspunktet vil være nokså åpen. De aktuelle kriteriene for ansvarsgjennombrudd må også anses for å være relativt vage og skjønnsmessige. Selv om Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen» var oppklarende på mange måter, er det fortsatt mange spørsmål som er ubesvart vedrørende de nærmere kriteriene for ansvarsgjennombrudd. Teorien både før og etter denne dommen hadde oppstilt også andre mulige momenter som kunne være relevante i en slik helhetsvurdering. Nedenfor vil jeg behandle disse, såvel som de punktene som er trukket frem i dommen. Det må imidlertid bemerkes at både teori og praksis bygger på situasjonen slik den var under aksjeloven av 1976. Som fremstillingen nedenfor vil vise, er rettsstilstanden nå på enkelte punkter endret. Jeg vil bruke faktum i de to dommene fra 1996 som en praktisk illustrasjon for de vurderinger som må foretas hvis ansvarsgjennombrudd skal statueres.

3.4.2 Utilbørighetskriteriet

Vurderingstemaet for den skjønnsmessige helhetsvurdering som må foretas, er altså

om hvorvidt det er utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensningen. Det er åpenbart at de nærmere forutsetningene for at man skal konkludere med at noe fremstår som utilbørlig, er særdeles vanskelig å fastslå. Som nevnt kan en rekke forskjellige momenter inngå i en slik vurdering.

3.4.3 Økonomisk ubalanse

Det første elementet Høyesterett trakk frem i Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen» som ledd i en utilbørlighetsvurdering, er om det foreligger økonomisk ubalanse i forholdet mellom selskap og aksjonær. Dette vil typisk forekomme i konsernforhold mellom datter og morselskap. Ansvarsgjennombrudd kan først og fremst være aktuelt i en slik relasjon hvis virksomheten er organisert slik at den spesielt kostnadskrevende delen er skilt ut som eget datterselskap, mens hovedparten av inntektene tilfaller morselskapet eller et søsterselskap.

Fordringshaverne anførte at slik økonomisk ubalanse forelå i Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen» i forholdet mellom morselskapet Park Holdning AS og datterselskapet Kongeparken AS. Høyesterett var av denne oppfatning at dette ikke forelå i denne saken. Utgiftene til investeringer, vedlikehold, forsikringer og avgifter som var belastet Kongeparken AS, måtte sees i lys av kjøpesummen som morselskapet betalte, samt den rentebelastningen opptak av lån i den forbindelse medførte. Det var også på det rene at det utelukkende skulle betales leie hvis virksomheten gikk med overskudd. Retten bemerket at i den grad det forelå økonomisk ubalanse, var det i hver fall ikke i disfavør Kongeparken AS.

3.4.4 Underkapitalisering

Et annet kriterium i utilbørlighetsvurderingen som blir fremhevet i Rt. 1996 s. 672, er om hvorvidt selskapet har vært vedvarende underkapitalisert. Spørsmålet er altså om egenkapitalen i selskapet var for lav i relasjon til den økonomiske risiko den aktuelle virksomheten medførte. Hvis så er tilfellet vil selskapet være særlig utsatt for tap, noe som åpenbart vil svekke kreditors dekningsmuligheter. Spørsmålet om underkapitalisering er blitt behandlet i punkt 2.7 ovenfor, i relasjon til ansvar på erstatningsgrunnlag. Som utgangspunkt er det eneste formelle kravet til økonomisk bidrag fra eierne at aksjelovenes krav til innskudd er oppfylt. Kan et selskap likevel være underfinansiert på en slik måte at aksjeeier kan holdes ansvarlig? Det kan her egentlig sondres mellom to ulike spørsmål. Det første spørsmålet dreier seg om

eiernes ansvar for kapitalisering ved stiftelsen. Det andre spørsmålet er hvorvidt aksjeeierne kan bli ansvarlig for selskapets senere kapitalisering.

Spørsmål nummer to kan omformuleres som et spørsmål om det undertiden kan foreligge plikt hos eierne å tilføre selskapet kapital ved senere ekspansjon. Dette ville i så fall innebære at aksjeeierne på grunn av senere utvikling kan bli forpliktet til å tilføre selskapet midler, eller dekke tap utover aksjeinnskuddet. Et slikt ansvar ble hverken påberopt eller drøftet i hverken Rt. 1996 s. 672 eller Rt 1996 s. 724. Nå må det imidlertid påpekes at rettsstilstanden på dette punkt er noe endret, etter innføringen av asl./asal. §§ 3-4 og 3-5 om forsvarlig egenkapital og handleplikt. Som nevnt i punkt 2.7, vil dette kunne medføre at culpaansvar lettere kan statueres. Man kunne da tenke seg at underkapitalisering som argument for ansvarsgjennombrudd ville bli svekket.

Uansett er det svært vanskelig å si noe sikkert om underkapitalisering på et senere tidspunkt kan brukes som grunnlag for et eventuelt ansvarsgjennombrudd. Man beveger seg her i et meget ukjent rettslig terreng. Det må i hvert fall være klart at det er mer betenkelig å skjære gjennom ansvarsbegrensningen her, enn ved selskap som var åpenbart underfinansiert allerede fra stiftelsen. Allikevel kan det etter min oppfatning ikke helt utelukkes at også underkapitalisering etter en senere ekspansjon kan være relevant i vurderingen, med tanke på at det her er snakk om en bred helhetsvurdering hvor en rekke momenter må tas i betraktning. Men generelt sett kan man vel si at det er tilstrekkelig å falle tilbake på alminnelige culpa-betraktninger i slike situasjoner, og at det som den altoverskyggende hovedregel ikke eksisterer noen plikt for senere innskudd av kapital.

Når det gjelder det første spørsmålet om kapitalisering ved stiftelsen, ble denne problemstillingen berørt i begge de nevnte dommer. Særlig var dette en relevant problemstilling i Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen». Det var her på det rene at 50 000 kroner, minimum aksjekapital etter den dagjeldende aksjelov, var skutt inn i Kongeparken AS. Men dette var helt klart ikke tilstrekkelig til å dekke selskapets kapitalbehov. Høyesterett fant likevel ikke at selskapet var underkapitalisert i en slik utstrekning at det kunne gi grunnlag for bruk av ansvarsgjennombruddsprinsipper. Begrunnelsen for dette var en vurdering av lån på 1,6 millioner kroner fra morselskapet Park Holding AS. Retten oppfattet dette som innskudd av ansvarlig lånekapital, som stod bak de andre kreditorene i prioritet. Sett i lys av dette konkluderte Høyesterett med at man ikke kunne si at Kongeparken AS var

underkapitalisert. Når det gjelder Rt 1996 s. 724 «Minnor-dommen», fant retten også her at selskapet ikke var underkapitalisert.

3.4.5 Sammenblanding

Det andre argumentet som blir særskilt trukket frem som et mulig grunnlag for ansvarsgjennombrudd i Rt. 1996 s. 672, er om hvorvidt det reelt sett har forekommet en sammenblanding mellom eierne og selskapet som gjør at det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern. En slik sammenblanding vil undertiden kunne medføre uklare ansvarsforhold. Likeledes vil det kunne vanskeliggjøre vurdering om hvorvidt det foregår tapping av selskapet fra aksjonærens side. Dette vil igjen kunne ha som konsekvens at det for eksempel blir vanskeligere for kreditorene å gjøre gjeldende tilbakesøkningskrav etter asl./asal. §3-7.

Det kan være flere former for sammenblanding det her kan være tale om som kan danne grunnlag for et mulig argument for ansvarsgjennombrudd. For det første kan det forekomme rettslig sammenblanding. Et eksempel på dette vil typisk være at den dominerende eierinteressen og selskapet har felles representasjon utad. For det andre kan det foreligge faktisk sammenblanding. Eksempler på dette kan være ting som felles bruk av driftsmidler og arbeidskraft, eller hvis det forekommer felles budsjettering eller regnskapsførsel. Et sentralt aspekt i sammenblandingsvurderingen vil være hvordan den faktiske utgiftsdekningen er ordnet mellom selskapene. Jo sterkere sammenblanding mellom eierne og selskapet på de forannevnte punktene, jo sterkere vil argumentet for et eventuelt ansvarsgjennombrudd være. Den type sammenblanding som her er nevnt, vil mest typiske være til stede i konsernforhold eller i mindre virksomheter drevet av eneaksjonærer.

Det ble anført i Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen», at det forelå slik sammenblanding mellom Park Holding AS og Kongeparken AS at man burde skjære gjennom den formelle selskapskonstruksjonen. Høyesterett fant at det ikke her forelå en slik sammenblanding. Selskapet Kongeparken AS opptrådte som et selvstendig selskap. Regnskapsførselen var ikke felles, bortsett fra en måned nær opp til konkurstidspunktet. Inntektene og utgiftene var i det vesentlige henført hvor de hørte hjemme. Inntektene gikk i sin helhet til Kongeparken AS.

Også i den forannevnte dommen av 23/12-2002 fra Frostating lagmannsrett, var

spørsmålet om det forelå sammenblanding gjenstand for drøftelse. I motsetning til «Kongepark-dommen» hvor saken omhandlet konsernforhold, dreide det seg her om et aksjeselskap med en privatperson som eneaksjonær. Sakens faktum er referert tidligere i fremstillingen. Virksomheten pågikk på eneaksjonærens gård, og visse utgifter var skjønnsmessig fordelt mellom selskapet og den private drift. Likevel fant domstolen her at sammenblandingen ikke var av en slik art at det kvalifiserte til ansvarsgjennombrudd. Blant annet ble det lagt vekt på at utgiftsføringen ikke var i selskapet disfavør.

3.4.6 Tapping

Et forhold som har vært fremhevet i teorien som et mulig moment i en ansvarsgjennombruddsvurdering, er om det har vært foretatt illojal tapping av selskapsmidlene. Blant annet har Asmundsson/Gustavsson (1995 s. 278) og Fjærtøft (1997 s. 316). Bakgrunnen for dette ligger i at enhver overføring av midler ut av selskapet vil medføre en reduksjon av selskapsformuen, noe som åpenbart vil være til skade for kreditorene.

En bruk av en slik tapping som et argument i en ansvarsgjennombruddsvurdering må imidlertid vurderes i sammenhengen med reglene om tilbakeføringsplikt ved ulovlig utdeling i asl./asal. §3-7. Likeledes vil ofte vilkårene for å statuere culpaansvar foreligge i en slik tappingssituasjon. Disse spørsmålene er nærmere behandlet i punkt 2.6 ovenfor. Dette medfører at rommet for ansvarsgjennombrudd på dette området er begrenset. I den grad tapping fanges opp av disse grunnlagene, er det presumptivt ikke behov for å anvende ansvarsgjennombruddssynspunkter. Tapping vil fortsatt kunne være et argument for gjennomskjæring, hvis tappingen unntaksvis ikke skulle kunne restitueres med bakgrunn i de nevnte grunnlag, eller andre regler for eksempel i dekningsloven.

Illojal tapping var ikke et tema i de to dommene fra 1996 som er referert fra ovenfor i fremstillingen. Faktum i de to sakene inviterte heller ikke til en slik drøftelse. Det gjorde derimot saksforholdet i Rt. 1993 s. 20 «Sjødal-dommen», selv om ansvarsgjennombrudd som nevnt ikke ble trukket frem i denne saken. Saksforholdet i denne dommen må i dag imidlertid vurderes i lys av at asl./asal. §17-6 nå hjemler direkte krav fra enkeltstående fordringshavere.

3.4.7 Dominerende rådighet

Enkelte teoretikere har trukket frem aksjeeierens dominerende rådighet i et aksje- eller allmennaksjeselskap som et kriterium for ansvarsgjennombrudd. Dette momentet henspiller altså på aksjonærens stilling i selskapet. Hvilken rådighet en aksjonær har i et selskap etter aksjelovene er gjort rede for ovenfor i punkt 1.4.. Ofte kan imidlertid den reelle innflytelsen i det enkelte tilfelle være langt større enn disse reglene indikerer. I tillegg kan aksjonæren ha andre formelle roller i selskapet som i seg selv gir innflytelse. Et eksempel på at slik bestemmende innflytelse foreligger vil typisk være forholdet mellom et mor- og et datterselskap i et konsern. Hvis man anser dominerende rådighet som et kriterium vil vekten av momentet avhenge av hvor stor innflytelse aksjonæren har i selskapet. Dette vil med andre ord medføre at det utelukkende, eller i det minste langt lettere, vil kunne foretas et ansvarsgjennombrudd overfor en svært dominerende aksjonær. Imidlertid er det omstridt i hvilken grad dominerende rådighet kan sies å være en forutsetning for en gjennomskjæring.

Det hersker også uenighet om den nærmere anvendelsen av dette momentet. Imidlertid må det være helt på det rene at dette kriteriet skiller seg klart i natur fra de andre momentene i en ansvarsgjennombruddsvurderingen. Mens disse andre forholdene i et vidt omfang i seg selv kan ansees som utilbørlige i relasjon til å opprettholde ansvarsbegrensningen, er det er i seg selv ikke noe illegitimt ved å ha dominerende rådighet i et selskap. Dette ble også understreket i Rt. 1996 s. 672 «Kongepark-dommen». Allikevel kan man ikke si at betydningen av dominerende rådighet i norsk rett på noen måte er avklart gjennom denne dommen.

Det er på det rene at en aksjonærs dominerende rådighet må vurderes i sammenheng med de andre kriteriene i en ansvarsgjennombruddsvurdering. I selskaper hvor en slik dominerende rådighet foreligger vil risikoen for at det vil kunne forekomme kreditorskadelige disposisjoner til fordel for aksjonærene være større. Videre vil en slik rådighet kunne medføre at det kan stilles spørsmålstegn om hvorvidt et selskap besitter den organisatoriske og økonomiske uavhengighet som aksjelovenes regler forutsetter.

Et sentralt spørsmål blir da om hva som skal til for at man kan si at det foreligger dominerende rådighet. Denne vurderingen vil inneholde flere elementer. Det første forholdet som må trekkes inn er størrelsen på aksjonærens eierandel. En ene- eller majoritetsaksjonær ville kunne kontrollere generalforsamlingen, som er selskapets

høyeste myndighet. Imidlertid vil en betydelig eierandel også gir større mulighet til faktisk instruksjonsrett over selskapet styre, i og med at det ofte vil være nærliggende at eierene blir konferert før viktige beslutninger skal tas. Dette gjelder selv om den aktuelle saken ikke skulle være av en slik natur at behandling i generalforsamling, eller eventuelt bedriftsforsamling, er påkrevd etter aksjelovenes bestemmelser.

En annen indikasjon på at det foreligger dominerende rådighet vil man kunne finne i en nærmere vurdering av hvordan selskapets ledelse er sammensatt. Hvis aksjonæren selv eller noen av hans ansatte er representert her, vil dette muligens kunne være tilstrekkelig til å konstatere at en slik dominerende rådighet foreligger. Tilsvarende må det samme gjelde når aksjonæren er en juridisk person, og de samme personene er styremedlemmer i begge selskapene. Det bør her også tilføyes at i mindre aksjeselskaper er det nå større anledning enn tidligere til å ha enmannstyre, jfr. asl. §6-1. Det vil sterkt trekke i retning av dominerende rådighet. Poenget er her at aksjonærene i alle disse tilfellene vil være i en posisjon til å ta direkte beslutninger tilknyttet det aktuelle selskapets drift. Dette vil naturligvis klarest tre frem hvis de fattede beslutningene i sterkere grad er i aksjonærens- enn i selskapets interesse.

Som nevnt ovenfor vil dominerende rådighet bare være et element blant andre i en ansvarsgjennombruddsvurdering. Men de andre momentene vil også kunne spille i en isolert vurdering av om det foreligger dominerende rådighet. Hvis et selskap var underkapitalisert allerede i utgangspunktet, vil dette kunne være en indikasjon på at selskapet i stor grad var avhengig av aksjonæren. Typisk vil dette kunne forekomme hvis aksjonæren faktisk dekker selskapets utgifter, eller står for mesteparten av inntektene. Det sistnevnte vil kunne være tilfelle hvis aksjonæren er selskapets viktigste kunde eller leverandør. Dette vil kunne gi aksjonæren en meget sterk maktstilling. Likeledes vil også tapping kunne være en indikasjon på at det foreligger dominerende rådighet. Hvis det forekommer mange overføringer fra selskap til aksjonær vil dette være et tegn på at sistnevnte har stor innflytelse i selskapet. Også når det gjelder tilfeller av sammenblanding mellom selskap og aksjonær vil dette kunne være en antydning på dominerende rådighet. Et eksempel på dette vil være et tilfelle hvor det ikke er noe klar skille mellom partene vedrørende eiendeler og forpliktelser.

Innen rettslitteraturen har enkelte gått langt i å totalt avvise dominerende rådighet som et selvstendig moment i en ansvarsgjennombruddsvurdering. Særlig Fjortoft markerer seg i en slik retning (Fjortoft 1997 s. 316). Han mener enhver direkte bruk

av dominerende rådighet som et argument for ansvarsgjennombrudd i en slik vurdering ikke er legitimt. Dette begrunner han med at når rettsordenen har anerkjent en slik eierstruktur som et valid alternativ til fusjon, er det selvmotsigende å bruke dette som et argument for gjennomskjæring.

Personlig er også jeg skeptisk til å anse dominerende rådighet som et kriterium i en slik vurdering. Fjørtoft har etter min oppfatning et godt poeng i sin kritikk. Jeg oppfatter heller ikke andre teoretikere som fremhever dominerende rådighet som et mulig kriterium som grunnleggende uenig om hovedessensen i hans synspunkt. Det blir hele tiden sterkt understreket at det i seg selv ikke er noe klanderverdig å ha dominerende rådighet i et selskap. I tillegg er min skepsis også fundert på annet grunnlag enn Fjørtofts sitt mer prinsipielle synspunkt. Et krav om dominerende rådighet som forutsetning for ansvarsgjennombrudd er etter min oppfatning både unødvendig, og til en viss grad irrelevant. Det sentrale må være hvorvidt de andre kriteriene som underkapitalisering, sammenblanding etc. er oppfylt, og ikke om eierne har dominerende rådighet eller ikke. En annen sak er at disse kriteriene lettere kan sies å være oppfylt hvor den aktuelle aksjonæren har en slik posisjon. Når det gjelder dominerende rådighet vil også en oppstilling av dette som en absolutt forutsetning for ansvarsgjennombrudd lett kunne tenkes å skape vanskelige bevismessige spørsmål.

3.5 Rettsvirkninger av ansvarsgjennombrudd

3.5.1 Innledning

Emnet som skal behandles under dette punktet, er hvilke rettsvirkninger et eventuelt ansvarsgjennombrudd ville medføre hvis en slik lære ble akseptert i norsk rett. Det finnes få autorative rettskildeutsagn om dette spørsmålet. Som nevnt tidligere i fremstillingen er ansvarsgjennombrudd ikke lovregulert, og det foreligger sparsomt med praksis fra domstolene. Man er da i stor grad tvunget til å falle tilbake på juridisk teori og reelle hensyn for å kunne antyde løsninger på problemstillingene som oppstår.

Det har hersket en viss uenighet innen rettslitteraturen om hvilke konkrete konsekvenser ansvarsgjennombrudd vil medføre for partene. Man kan si at forskjellene baserer seg på et ulikt syn på i hvilken grad det skal søkes inspirasjon i erstatningsrettslige regler, eller om man utelukkende skal falle tilbake på

identifikasjonssynspunkter.

Man kan si at det er to hovedspørsmål som reiser seg vedrørende spørsmålet om rettsvirkningene av ansvarsgjennombrudd i et aksje- eller allmennaksjeselskap. Den første problemstillingen er knyttet til aksjonærenes forhold. Spørsmålet blir om alle aksjonærene er å anse som ansvarlig for selskapsforpliktelsene ved ansvarsgjennombrudd, og i hvilket omfang ansvaret kan pålegges. Den andre hovedproblemstillingen omhandler fordringshavernes situasjon. Vil en gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen på bakgrunn av ansvarsgjennombruddsprinsipper automatisk medføre at aksjeeierne blir ansvarlig for alle selskapsforpliktelsene, eller er det bare enkelte selskapskreditorer som har rett til å få sine fordringer dekket? Disse problemstillingene vil bli drøftet nedenfor.

3.5.2 Virkning for aksjonærene

I juridisk teori har Aarum fremhevet at virkningen av ansvarsgjennombrudd må bli at aksjonærene i selskapet stilles som deltakere i et ansvarlig selskap (Aarum 1994 s. 50). Dette medfører at aksjonærenes ansvar blir direkte og ubegrenset. En slik løsning vil også harmonere godt med det historiske selskapsrettslige utgangspunkt om å falle tilbake på solidaransvar hvor ansvarsforholdet fremstår som uklart. I mange tilfeller vil dette gi gode resultater. Det harmonerer også godt med et synspunkt om ansvarsgjennombrudd som et identifikasjonsmessig spørsmål. Men en slik regel vil også ha negative sider, og det er et stort spørsmål om dette kan gjelde ubetinget.

Likevel fremstår direkte og ubegrenset ansvar for aksjonærene som en naturlig hovedregel. Et eksempel på dette vil typisk være ved heleide datterselskaper i konsernforhold. Problemet knytter seg til tilfeller hvor det finnes en krets av passive minoritetsaksjonærer som eier mindre poster i selskapet. Aarum tar ikke denne problemstillingen opp til drøftelse, og søker da vel presumptivt å falle tilbake på hovedregelen hvis en slik situasjon skulle oppstå. Når det gjelder Fjærtøft tar han som tidligere nevnt utgangspunkt i de alminnelige identifikasjonsreglene, og etter hans terminologi foreligger det da en generell identifikasjon mellom aksjeeierne og selskapet ved ansvarsgjennombrudd. Allikevel finner han at denne gruppen minoritetsaksjonærene som utgangspunkt ikke er ansvarlig for selskapsforpliktelsene. Dette begrunner han med at de allmenne identifikasjonsreglene fordrer at det skal være et visst tilknytningsforhold mellom subjektene for at det skal foreligge identifikasjon, noe det etter hans syn normalt ikke

vil gjøre i slike tilfeller (Fjærtøft 1997 s. 317).

I likhet med Fjærtøft er jeg personlig svært skeptisk til å statuere ansvarsgjennombrudd overfor slike passive minoritetsaksjonærer. Allikevel finner jeg argumentasjon for denne løsningen i hans artikkel lite overbevisende. Aksjonærene er knyttet til selskapet gjennom sin deleierposisjon, og det fremstår som kunstig å hevde at det ikke foreligger et tilknytningsforhold her. I tillegg vil dette skape vanskelige avgrensningsspørsmål. Hvor stor skal eierandelen være før tilknytningsforholdet er sterkt nok til at aksjonæren skal kunne sies være ansvarlig? Dette illustrerer en del av svakhetene med å knytte ansvarsgjennombruddsspørsmålet så nært opp til de alminnelige identifikasjonsreglene som Fjærtøft søker å gjøre.

En hovedregel om at minoritetsaksjonærer generelt ikke vil være ansvarlig ved ansvarsgjennombrudd, kan allikevel ikke oppstilles. Dette gjelder særlig hvis minoritetsaksjonæren har inntatt en mer aktiv rolle i selskapet. I stor grad blir det dermed en individuell vurdering hvorvidt det kan statueres ansvarsgjennombrudd overfor en minoritetsaksjonær.

Et annet sentralt spørsmål er hvorvidt og i hvilken grad aksjonærene i en ansvarsgjennombruddssituasjon kan gjøre gjeldende innsigelser selskapet har mot fordringshaverne. Dette kan for det første dreie seg om alminnelig avtalerettslige innsigelser som for eksempel forsinkelse og mangler. Andre innsigelser kan være ting som foreldelse og passivitet, men også ting som medvirkning eller aksept av risiko. Generelt kan man vel si at det er en naturlig hovedregel at aksjonærene her kan påberope seg disse innsigelsene i den grad selskapet hadde anledning til dette.

Et tredje spørsmål vedrørende aksjonærenes posisjon ved ansvarsgjennombrudd er om det er adgang til lemping av ansvaret. Når de forhold som betinger en eventuell lemping foreligger i relasjon til selskapet, følger det av fremstillingen like over at ansvaret antagelig kan lempes i den utstrekning dette kunne gjøres av selskapet selv. Aktuelle lempingsgrunnlag i så måte er skl. §5-2, og avtaleloven §36. Et vanskeligere spørsmål er om ansvaret kan lempes på grunnlag av forhold knyttet til aksjonærene selv. Rettslitteraturen har generelt vært negativ til en slik lempingsadgang. Eksempler på et slikt syn finner man hos Asmundsson/Gustavsson (1995 s. 282), og Fjærtøft (1997 s. 317). Bakgrunnen til dette er at det må foretas en klar sontring mellom rettsvirkningene som følger av culpaansvaret, og virkningene av

ansvarsgjennombrudd.

Det kan stilles spørsmålstegn ved hvor heldig det er å avskjære enhver adgang til å lempe ansvaret. Et slikt syn medfører det paradoksale resultat at det ville være anledning til å lempe ansvaret hvis det faktisk forelå culpa, mens det ikke var anledning til dette i en ansvarsgjennombruddssituasjon hvor aksjonæren ikke har opptrådt culpøst. Spørsmålet er om det ikke ville bidra til mer fleksible løsninger i det konkrete tilfellet hvis man åpner for å anvende skl. §5-2 analogisk på dette området. Dette ville også bidra til å dempe noen av betenkelighetene som er forbundet med ansvarsgjennombrudd. I lys av dette bør det etter min oppfatning prinsipielt sett være åpning for å lempe ansvaret hvis forutsetningene for dette skulle foreligge, til tross for at dette ville stride med en streng identifikasjonsmessig tilnærming til problemstillingen. Dette betyr at ting som for eksempel aksjonærenes økonomiske forhold, vil kunne være et moment i en vurdering av det totale omfanget av det erstatningsbeløp ansvarsgjennombrudd kan medføre.

Et fjerde spørsmål vedrørende rettsvirkningene for aksjonærene ved ansvarsgjennombrudd vil være spørsmålet om det er grunnlag for regress. Spørsmålet om aksjonærene har et regresskrav mot selskapsmassen er av forholdsvis begrenset interesse. Bakgrunnen for dette er at når en mulig ansvarsgjennombruddssituasjon oppstår, vil et selskap presumptivt være insolvent. Mer interessant er spørsmålet om det er grunnlag for regress aksjonærene imellom. Fra Aarums utgangspunkt om at aksjonærene skal stilles som om de var deltakere i et ansvarlig selskap, kan vi trekke den slutning at mulighet til regress her må foreligge (Aarum 1994 s. 50). Ved ansvarlige selskaper vil deltakerne som hovedregel har en slik rett til regress, og hvis vi legger Aarums utgangspunkt til grunn vil dette være en naturlig løsning. Fjortoft gir ikke problemstillingen noen egentlig drøftelse utover en kommentar om at han finner at det neppe er grunnlag for regress i noen retning (Fjortoft 1997 s. 317).

Etter min oppfatning taler gode grunner for at det burde være adgang til regress på ulovfestet grunnlag her. I en situasjon hvor et selskap har flere aksjonærer, vil det som hovedregel foreligge et solidaransvar. Ved gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen, kan en av aksjonærene bli belastet for samtlige forpliktelser. Dette vil kunne fremstå som et lite rimelig resultat. Imidlertid vil regress bare kunne kreves overfor aksjonærer som ansvarsgjennombrudd kan statueres overfor, se tidligere i fremstillingen.

3.5.3 Virkning for kreditorene

Hovedproblemstillingen som reiser seg her er hvorvidt et ansvarsgjennombrudd vil kunne virke til fordel for alle selskapskreditorene. Vil enkelte kreditorer undertiden kunne bli stilt i en bedre stilling enn andre hvis en slik situasjon skulle oppstå? Dette spørsmålet oppstår som en naturlig konsekvens av det faktum at kreditorene på ingen måte kan sies å være noen homogen masse. I et selskap vil det normalt foreligge et helt spekter av fordringshavere fra banker og andre store kredittyter på den ene siden, til kreditorer som ufrivillig har kommet i en slik posisjon på den andre siden. Mellom disse ytterpunktene vil det finnes en rekke mindre kredittytere med fordringer av ulikt slag. Det sier seg selv at disse i varierende grad vil kunne ha mulighet til å skaffe seg informasjon om selskapets kredittverdighet, eventuelt sikre seg på andre måter.

I teorien ser man også her et skille etter hvilken tilnærmingstype som er valgt til hele problemkomplekset. Fjortoft hevder at alle selskapskreditorene i utgangspunktet må stilles likt (Fjortoft 1997 s. 317). Hagstrøm er av den oppfatning at den motsatte løsning fremstår som «åpenbar» (Hagstrøm 1993 s. 282). De varierende synspunktene må imidlertid delvis sees i sammenheng med en nyanseforskjell i bruken av begrepet ansvarsgjennombrudd forfatterne imellom, og hvordan det er brukt i denne fremstillingen, se under 1.3. overfor.

I lys av hvordan begrepet er brukt i denne fremstillingen, vil en naturlig hovedregel være at et ansvarsgjennombrudd vil virke til fordel for alle kreditorene. Fra dette utgangspunktet må det imidlertid oppstilles en betydelig reservasjon. Dette knytter seg til aksept av risiko. Prinsippet om at ansvar bortfaller hvis motparten kan sies å ha akseptert risikoen er velkjent fra erstatning- og kontraktsretten. Etter min oppfatning bør dette også være et svært sentralt element i en ansvarsgjennombruddsvurdering.

Hvorvidt en kreditor kan sies å ha akseptert risikoen, må avhenge av den nærmere posisjonen denne innehar overfor selskapet. For en frivillig långiver, eller en fast leverandør skal det etter min oppfatning, svært mye til for at slike betraktninger ikke skal spille inn. Bakgrunnen for dette er todelt. For det første er tap mer generelt en del av forretningslivets risiko. Enhver som driver økonomisk virksomhet, må være innforstått med at prosjekter undertiden ikke gir den avkastning man hadde håpet

eller forventet, uten at noen egentlig kan bebreides for dette. Her igjen berører vi selve ansvarsbegrensningens begrunnelse, se under punkt 1.1. overfor. Den andre årsaken finner man i disse kreditorenes posisjon overfor selskapet. Det vil her foreligge både en sterkere oppfordring og en sterkere mulighet til å treffe tiltak til å sikre seg mot tap. Dette vil typisk kunne gjøres ved at man lang lettere har anledning og ressurser til å underkaste selskapets økonomiske forhold nærmere undersøkelser. Som et alternativ, eller et supplement, vil man normalt være i en posisjon til å kreve garantier direkte fra aksjonæren. Dette vil særlig fremstå som aktuelt i konsernforhold. Her vil man normalt ha mulighet til å sikre en fordring på et datterselskap ved garanti fra morselskapet. Er slike tiltak ikke truffet, vil det være nærliggende å konstatere at kreditoren er nærmest å laste for dette. Her har fordringshaveren bevisst tatt en risiko. Det er vanskelig å se at det er rettsordenes oppgave å gripe inn i dette forhold.

Her må det imidlertid presiseres at dette bare er et utgangspunkt. Andre forhold kan også spille inn. En slik situasjon vil være hvis kreditoren er av den oppfatning at det kontraktuelle forholdet er inngått med aksjonæren, men at det etter en nærmere vurdering av avtaleforholdet likevel skulle vise seg at det er det aktuelle selskapet som er parten. Man vanskelig si at det her foreligger en aksept av risiko. En vurdering må foretas mellom det utilbørlige forholdet på aksjonærsiden, sett i relasjon til hvilken risiko en kreditor kan sies å ha akseptert.

Når det gjelder kreditorer med en annen posisjon i forhold til selskapet vil bildet lett kunne bli annerledes. Tydeligst vil dette kunne komme frem i forhold til en kreditor hvis fordring er basert på et erstatningskrav utenfor kontrakt, og da særlig hvis det har bakgrunn i en skadevoldende handling selskapet er å anse som ansvarlig for. I denne relasjon vil aksept av risiko- betraktninger ikke komme inn. Det samme synspunktet gjelder, dog i mindre grad, i forhold til tilfeldige leverandører eller kunder. Disse vil normalt ha begrenset anledning til å foreta undersøkelser vedrørende den aktuelle debitor. Her må det imidlertid understrekes at det finnes flere mellomkategorier av kreditorer, som det også kan eksistere store forskjeller mellom i praksis.

Mer generelt bør det etter min oppfatning foretas en avveining mellom det utilbørlige i selskapsforholdet og kreditors rolle. Hvis ansvarsgjennombrudd ble anerkjent i norsk rett, bør aksept av risiko være en betydelig skranke for slike gjennomskjæringskrav. Dette vil også kunne legge en demper på en del av de

bekymringer vedrørende ansvarsgjennombrudd som har vært anført i debatten rundt dette emnet.

3.6 Er det et behov for ansvarsgjennombrudd i norsk rett?

3.6.1 Innledning

I lys av fremstillingen overfor må det stilles et fundamentalt spørsmål: er det et egentlig behov for ansvarsgjennombrudd i norsk rett? Det faktum at rettspraksisen på dette feltet er svært begrenset, kan kanskje anses som et klart argument for at det ikke foreligger et slikt behov. Imidlertid er det usikker hvor mye vekt dette forholdet kan tillegges. Når verken lov eller rettspraksis åpner for ansvarsgjennombrudd, vil det innebære en betydelig risiko å starte en kostbar prosess på et slikt grunnlag. I tillegg spiller den holdning teorien har inntatt til dette spørsmålet også inn til å underbygge en slik tilbakeholdenhet. Som nevnt i innledningen har det vært en overveiende tendens i norsk teori til å gi et avkreftende svar på spørsmålet om behovet for ansvarsgjennombrudd. Man kan vel generelt si at norske teoretikeres tilnærming til dette spørsmålet har vært noe defensiv.

En innføring av ansvarsgjennombrudd i norsk rett kan gjøres på mange alternative måter. Man kunne tenke seg at lovgiver griper direkte inn på dette området med lovregulering. Mest praktisk kan man tenke seg en utvidet ansvarsgjennombruddsregel som også konsumerer aksjonærenes culpaansvar, og muligens også ansvar for styremedlemmer. Krüger hevder et slikt syn (Krüger 1997 s. 11). En lovbestemmelse utelukkende om ansvarsgjennombrudd kan også tenkes, men fremstår vel som mindre aktuelt i praksis. Alternativt kan en lære om ansvarsgjennombrudd bli utviklet gjennom rettspraksis. Begge disse metodene vil ha både fordeler og ulemper knyttet til seg.

Asmundsson/Gustavsson legger til grunn Andenæs sin forutsetning om at det utelukkende er rom for ansvarsgjennombrudd hvis de tradisjonelle grunnlagene ikke strekker til. De foretar deretter en analyse av de forskjellige momentene i en ansvarsgjennombruddsvurdering, for på den måten å undersøke behovet for å utvide aksjonæransvaret på denne måten (Asmundsson/Gustavsson 1996 s. 285-293). Deres konklusjon var at det ikke var behov for å åpne for ansvarsgjennombrudd i norsk rett, og hvis en eventuell utvidelse av aksjeeiers ansvar var ønskelig burde dette foregå på annen måte.

Kritikk kan reises mot denne tilnærmingen til spørsmålet. Det faktum at en løsning kan oppnås ved hjelp av et av de tradisjonelle grunnlagene behøver ikke i seg selv å være et avgjørende argument mot ansvarsgjennombrudd. Man kan like gjerne hevde at det ville skapt klarere linjer å lovfeste en rett til denne formen for gjennomskjæring, istedenfor å strekke andre rettsgrunnlag.

Når det nærmere gjelder den analysen Asmundsson/Gustavsson har gjennomført av de forskjellige momentene i en ansvarsgjennombruddsvurdering, er det grunn til å stille spørsmålsteget også til konklusjonen som trekkes. For det første blir det her uansett tale om en helhetsvurdering, som i utgangspunktet er nokså åpen (se ovenfor i punkt 3.4.1). Å vurdere de enkelte fremhevede momenter i isolasjon har derfor begrenset verdi. I tillegg spiller det faktum inn at det er svært vanskelig å spå nøyaktig hvilke problemstillinger som konkret vil kunne oppstå i praksis.

3.6.2 Hva taler for innføring av en regel om ansvarsgjennombrudd?

En rekke reelle hensyn har vært fremhevet i diskusjonen om norsk rett burde åpne for ansvarsgjennombrudd. Man kan hevde det generelle prinsipp at siden det er investorene som vil få fortjenesten ved virksomheten, burde de dermed også dekke omkostningene. Dette prinsippet danner en slags grunnmur for argumentasjonen til fordel for ansvarsgjennombrudd. Det er imidlertid få, om noen, som fremhever dette synet umodifisert i sin rene form. Anledningen til å begrense ansvaret gjennom aksjeselskapsformen er i dag uomstridt. Hvilken samfunnsmessig betydning dette har, er behandlet under punkt 1.1 overfor i fremstillingen. Spørsmålet blir da hvilket konkret behov det er for ansvarsgjennombrudd i norsk rett i dag, og de rettslig utviklingstrekk som gjør at dette spørsmålet fremstår som mer aktuelt i dag.

Som kjent har det siden de dommer som ble referert overfor ble avsagt, og mye av den juridiske teorien ble skrevet, trådt i kraft ny lovgivning på dette området. En endring i rettstilstanden som fremstår som spesielt interessant i denne relasjon, gjelder de modifikasjoner som ble foretatt i forhold til erstatningsreglene. Dette er nærmere behandlet i del 2 overfor. I motsetning til i aksjeloven av 1976 §15-1, er det i Aksjeloven og Allmennaksjeloven av 1997 ikke gitt hjemmel for å holde aksjonærene ansvarlig for skade som er påført kreditorene. Det betyr som nevnt at man må falle tilbake på det vanlige ulovfestede culpaansvaret som hjemmel for erstatningskrav i dette henseendet. Man kan tenkes seg at dette vil kunne styrke argumenter for en

lovfestet ansvarsgjennombruddsregel, som konsumerer culpaansvaret på dette området. Selv om man avstår fra slik lovfesting, vil en av de praktiske innvendingene mot ansvarsgjennombrudd svekkes ved at man ikke lenger kan knytte culpaansvaret til lovteksten. I dag må aksjeeiers ansvar i denne sammenheng uansett baseres på ulovfestet rett.

Riktignok er det fortsatt store forskjeller mellom den praktiske anvendelsen av erstatningsreglene, og den eventuelle benyttelsen av regler for ansvarsgjennombrudd. Det ulovfestede skadeserstatningsansvaret bygger på svært langvarig praksis, og det har utviklet seg en lære hvor de sentrale elementer i stor grad er fastlagt. Ansvarsgjennombruddslæren er i dag som påvist i denne fremstillingen ikke engang anerkjent som en del av norsk rett av domstolene; langt mindre er det nærmere innhold av en slik ansvarsgjennombruddslære klarlagt. Slik sett vil det fortsatt være langt enklere å forholde seg til å søke å fastslå ansvar på erstatningsrettslig grunnlag enn gjennom ansvarsgjennombrudd, selv hvis norsk rett i fremtiden skulle åpne for en slik mulighet.

3.6.3 Hva taler imot en innføring av en regel om ansvarsgjennombrudd?

Det kan anføres en rekke argumenter mot at norsk rett skal åpne for ansvarsgjennombrudd. Dette gjelder forhold av prinsipiell såvel som av praktisk art. Vedrørende anførsler av den førstnevnte typen referer Hagstrøm fra Andenæs sitt debattinnlegg på Det 30. nordiske juristmøtet i Oslo i 1984 (Hagstrøm 1993 s. 254). Her trekker Andenæs frem flere sentrale motforestillinger mot gjennomskjæring på slikt grunnlag.

Det første argumentet som ble fremhevet i denne forbindelse, var hensynet til de konsekvenser en svekkelse av ansvarsbegrensningen ville medføre. På mange måter kan man si at dette er hovedargumentet mot ansvarsgjennombrudd. Det hersker liten tvil om at en slik begrensning av ansvaret som aksjelovene legger opp til fremmer foretaksomheten i samfunnet. De samme argumentene som kan reises for adgangen til å begrense ansvaret generelt, kan også reises mot ansvarsgjennombrudd. Ansvarsbegrensningens videre betydning er behandlet i punkt 1.1 overfor i fremstillingen. Særlig har disse argumentene tyngde i forhold til ansvarsgjennombrudd overfor en aksjonær når denne er en fysisk person. Ved et ansvarsgjennombrudd mot et annet aksjeselskap ville det ligge en buffer i

ansvarsbegrensningen som ligger i dette selskapet.

Mot dette kan det anføres at et ansvarsgjennombrudd vil hovedsakelig ramme de som misbruker ansvarsbegrensningen, og at disse uansett ikke skaper noen reelle verdier. Dessuten vil eventuelle ansvarsgjennombruddsregler bare være en meget snever unntaksregel, og slik sett ikke ha noen større virkning for noen som bedriver legitim forretningsvirksomhet. Slik sett kan man innvende at trusselen om å undergrave lovens ansvarsbegrensning på ingen måte skal overvurderes.

Men selv om ansvarsgjennombrudd skulle spille en slik marginal rolle i praksis som antydnet overfor, vil ikke dette nødvendigvis avverge de skisserte skadevirkningene fra å oppstå. Problemet her er den psykiske effekten en svekkelse av ansvarsbegrensningen ville kunne medføre. Når man vurderer å investere i en virksomhet vil slike regler kunne spille inn i overveielser uansett hvor restriktiv adgangen er. Dette forsterkes av det faktum at eventuelle regler om ansvarsgjennombrudd nødvendigvis vil være meget vage og uklare. Det er ikke vanskelig å kunne tenke seg at dette vil kunne spre en ikke ubetydelig usikkerhet.

Et annet hensyn Andenæs trekker fram er mer direkte relatert til ansvarsgjennombrudd i konsernforhold. Han trekker frem at ansvarsbegrensningen muliggjør en bedrifts- og samfunnsmessig ønskelig oppdeling av virksomheten i selvstendige enheter. Konseptet ansvarsgjennombrudd strider med grunnideen bak konsernet som organisasjonsform. Hvis det ble gitt en vid adgang til gjennomskjæring på bakgrunn av ansvarsgjennombruddssynspunkter, vil dette kunne underminere konsernet som organisasjonsform. Dette er et moment som må tillegges adskillig vekt, og som ikke kan ignoreres i noen vurdering av hvilken plass ansvarsgjennombrudd bør ha i norsk rett. Imidlertid er det et spørsmål hvor langt dette argumentet strekker. Som påvist tidligere i denne fremstillingen, er det uomtvistet at aksjonærene kan bli ansvarlig på annet grunnlag. Ansvarsgjennombrudd ville dermed ikke være et så grunnleggende brudd med dagens rettsstilstand, og konsernet som selskapsform, som det med første øyekast kunne virke som. Men dette vil igjen avhenge av den nærmere utformingen av disse reglene.

Avslutningsvis fremhever Andenæs hva som kan oppsummeres som hans prinsipielle hovedsynspunkt vedrørende ansvarsgjennombrudd. Han hevder at rettsordenen ikke uten tvingende grunner bør begrense borgernes rett til å velge hvilken rettsform

virksomheten skal drives i. Man kan vel si at også dette utsagnet er typisk adressert til problemstillingen vedrørende konsernforhold. At Andenæs her trekker frem et prinsipp som bør ha betydelig gjennomslagskraft, kan det herske liten tvil om. Hvor mye vekt dette argumentet har avhenger imidlertid av hvor stor muligheten til å statuere ansvarsgjennombrudd er. En adgang til ansvarsgjennombrudd som er så vid at det grenser til et objektivt ansvar for morselskapet, vil sterkt underminere dette prinsippet. Derimot vil ikke dette være et like sterkt argument hvis reglene er meget snevre. I et slikt tilfelle er det et åpent spørsmål hvorvidt dette innebærer et større inngrep i borgernes frihet til å velge rettsform enn mange andre bestemmelser i lovverket, da særlig sett i sammenheng med de forhold som trekker i motsatt retning.

Et moment som taler sterkt imot en innføring av ansvarsgjennombrudd i norsk rett, er de retstekniske hensyn. Som nevnt flere steder i fremstillingen vil vilkårene til, og de nærmere rettsvirkningene av, ansvarsgjennombrudd, nødvendigvis fremstå som svært uklare og usikre. Dette gjelder særlig hvis ansvarsgjennombruddslæren skulle bli utpenslet utelukkende gjennom rettspraksis. Men også en eventuell lovregulering har betydelige problemer knyttet til seg. Siden det er bred enighet om at et eventuelt ansvarsgjennombrudd må baseres på en helhetsvurdering, er det vanskelig å uttømmende angi alle forhold som kan spille inn. Lovgiver kan altså bli tvunget til å gi en slik bestemmelse en meget generell form. Man kan tenke seg at en term som «utilbørlig» eller lignende, som mangler et klart fastlagt innhold, vil kunne være naturlig å bruke i en slik lovtekst. Konsekvensene av usikkerheten dette vil kunne medføre er presentert overfor. En lovbestemmelse som er så generell i formen, reiser også spørsmål knyttet til rettssikkerheten. Spørsmålet blir da hvorvidt en lovregulering, alternativt en prejudikatsavgjørelse, vil skape mer klarhet på dette området i forhold til den nåværende rettsstilstand. Det kan hevdes at dagens situasjon hvor man må forholde seg til de alminnelig anerkjente grunnlag, er å foretrekke.

Her må det imidlertid påpekes at problemene knyttet til en eventuell lovregulering av dette spørsmålet, heller ikke skal overdrives. Som Krüger påpeker, er det også andre lovbestemmelser i norsk rett som er svært generelle og åpne i formen (Krüger 1997 s. 8). Han trekker særskilt frem Avtaleloven § 36, Skadeserstatningsloven §5-2 samt flere misbruksregler innen selskapsretten som eksempler på dette. Innen disse områdene har det i stor grad vært overlatt til domstolene å utforme det nærmere innhold, og man kan vel i begrenset grad hevde dette har skapt rettssikkerhetsproblemer av betydning.

Et moment som særlig nyere teori innen dette emnet har fokusert på, er spørsmålet om det foreligger et praktisk behov for ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Som fremhevet i del 1, kan betalingsplikt for aksjonærene oppstå på en rekke grunnlag. Det kan hevdes at dette er tilstrekkelig, og at det dermed ikke er nødvendig å åpne for ansvarsgjennombrudd. Dette synet har vært fremhevet av blant annet Fjærtøft (1997 s. 314), og Grønland (1996 s. 110). Fjærtøft viser til at rettspraksis tyder på at domstolene har oppnådd tilfredsstillende resultater utfra konvensjonelle rettsgrunnlag. Rt. 1993 s. 20 «Sjødal-dommen», kan vurderes som et mulig unntak fra dette. Sakens faktum er presentert tidligere i fremstillingen. Som nevnt i kapittel 2, er rettstilstanden en annen i dag enn når denne dommen ble avsagt. Enkeltstående fordringshavere vil nå i lys av asl./asal. §17-6, ha klar hjemmel for direkte å kreve erstatning for sine andeler i selskapets tap. Fjærtøft gir uttrykk for at dette også må gjelde i forhold til erstatningssøksmål for hele tapet kreditor har lidd (Fjærtøft 1997 s. 306). Denne oppfatningen kan det imidlertid stilles spørsmålstegn ved, jfr. punkt 2.2.1. ovenfor.

3.7 Blir vurderingen annerledes i aksjeselskap enn i allmennaksjeselskap?

Et relevant spørsmål er hvorvidt det utgjør noen forskjell på ansvarsgjennombruddsvurderingen, om selskapet er et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Som generelt i spørsmål vedrørende ansvarsgjennombrudd, er det få holdepunkter i lov eller forarbeider. Siden dette skillet er relativt ferskt i norsk rett, har heller ikke spørsmålet dukket opp i rettspraksis her i landet.

Som nevnt i punkt 1.1, ble oppdelingen av den gamle aksjeselskapsformen i norsk rett gjort for å implementere et EU-direktiv som følge av EØS-avtalen. Dette EU-direktivet var tydelig inspirert av tysk rett. I ansvarsgjennombruddsspørsmålet eksisterer det i Tyskland, et visst skille mellom Gesellschaft mit Beschränkter Haftung (GmbH) og Aktiengesellschaft (AG). Man kan grovt sett si at dette tilsvarer henholdsvis aksjeselskap, og allmennaksjeselskap i norsk rett. I lys av dette er naturlig å spørre om man skal operere med slike skiller også når det gjelder norsk rett.

Imidlertid taler betydelig reelle hensyn mot å bare åpne for ansvarsgjennombrudd i aksjeselskap, og ikke i allmennaksjeselskap. Bakgrunnen for dette er hvordan selve skillet mellom disse to selskapsformene er utformet i norsk rett. Skillet er som nevnt basert på formelle, og ikke reelle kriterier. Det vil derfor etter min oppfatning stå i

strid med dette prinsippet hvis man i en situasjon hvor norsk rett skulle åpne for ansvarsgjennombrudd, allerede i utgangspunktet skulle avskjære denne muligheten mot allmennaksjeselskaper. Det mest naturlige ville altså være at det heller ikke her eksisterer noe formelt skille på dette punkt. Likevel kan man vel si at ansvarsgjennombrudd generelt vil være en mer aktuell problemstilling i relasjon til et aksjeselskap. Bakgrunnen for dette er at det typisk vil være større spredning av aksjene i et allmennaksjeselskap, og at aksjekapitalen normalt også vil være større.

4 Avslutning

Jeg har i denne fremstillingen behandlet spørsmålet om i hvilken utstrekning aksjonærene kan pålegges ansvar for selskapsforpliktelsene i aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Imidlertid har det store fokuset vært på ansvarsgjennombruddsspørsmålet. I den forbindelse har de andre ansvarsgrunnlagene blitt nedprioritert. Også ansvar på erstatningsgrunnlag kunne vært gjenstand for en adskillig grundigere behandling enn det som er gitt her. Fremstillingen av dette spørsmålet har i denne avhandlingen mer karakter av presentasjon av problemstillinger, enn egentlig dybdebehandling av spørsmålet.

Som påvist i denne fremstillingen har rettspraksis ikke fastslått at det i dag eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Samtidig er dette heller ikke blitt avvist at det kan oppstilles en regel med et slikt innhold. Høyesterett har blitt møtt med kritikk for den avventende holdningen de inntok til dette spørsmålet i de to sentrale dommene fra 1996. Krüger mener domstolen her burde foretatt en mer prinsipiell avklaring (Krüger 1997 s. 12). Dette er en kritikk jeg ikke kan slutte meg til. Etter min oppfatning taler gode grunner for at den «vent og se» holdning Høyesterett har tatt, er den korrekte. Utfra faktum i både Rt. 1996 s. 672 og Rt. 1996 s. 724, slik de fremkommer i dommene, deler jeg Høyesteretts oppfatning at det her ikke er grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Samtidig har man holdt døren åpen for senere å statuere ansvarsgjennombrudd, hvis et slikt tilfelle skulle dukke opp i praksis. Det er etter mitt syn en fordel å ha en slik mulighet som en «sikkerhetsventil», hvis forholdene i en konkret sak skulle fremstå som særlig urimelige og de konvensjonelle grunnlagene skulle vise seg utilstrekkelig. Et slikt syn understøttes også i forarbeidenes tilnærming til ansvarsgjennombrudd, som vist ovenfor i denne fremstillingen. Samtidig må det understrekes at de alvorlig innvendinger som kan reises mot en gjennomskjæring på et slikt grunnlag, tilsier at muligheten i alle tilfelle kun anvendes i ekstreme tilfeller.

Spørsmålet blir da om det foreligger et praktisk behov for en lovfesting av ansvarsgjennombruddsspørsmålet. Personlig føler jeg meg ikke overbevist om dette. I den forbindelse vil jeg henvise til Fjortofts betraktninger (Fjortoft 1997 s. 314), men også den svenske utredningen om spørsmålet. Denne konkluderte med at det for svensk retts del, ikke var et større praktisk behov for lovregulering. Nå er jo resonnementene ikke direkte overførbare til norsk forhold, men konklusjonen er allikevel interessant. Når man i tillegg tar i betraktning de komplikasjoner en slik

lovregulering ville medføre, er det i utgangspunktet min oppfatning at de beste reelle hensyn tilsier at lovgiver avstår fra dette. Dette underbygges av at culpaansvaret nå heller ikke lenger er lovfestet på dette området. Slik sett ville det vært lite konsekvent å lovfeste en ansvarsgjennombruddsregel nå. Skulle lovgiver likevel velge å regulere dette spørsmålet, stiller jeg meg tvilende til om det er plass til en selvstendig lovregel om ansvarsgjennombrudd ved siden av en lovfestet culparegel. Antagelig måtte man søke en felles ansvarsregel som inkorporere begge grunnlagene.

Jeg er innforstått med at en slik posisjon i liten grad bidrar til å løse rettsusikkerheten på dette området. Men det er ikke å legge skjul på at dette er et komplisert spørsmål, hvor en hver løsning vil ha åpenbare iboende svakheter.

5 Litteraturliste

Aksjeloven og Allmennaksjeloven - med kommentarer av Magnus Aarbakke ... [et al.]. Oslo, 1999

Andenæs, Mads. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.* Oslo, 1998

Askeland, Bjarte. *Erstatningsrettslig identifikasjon.* Bergen, 2002

Asmundsson, Steffen og Gustavsson, Geir. *Utvidet aksjonæransvar - ansvarsgjennombrudd.* I: JV. 1995, s. 189-298

Brocker, Stefan. *Ansvarsgjennombrutt.* Stefan Brocker og Jan Grapatin. Stockholm, 1996

Fjærtøft, Tore. *Ansvarsgjennombrutt - eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon?* I: JV. 1997, s. 300-317

Grønland, Karl-Anders. *Aksjeeiersansvar for selskapets forpliktelser - etter to dommer avsagt av Høyesterett (8. og 29. mai 1996).* I: Tidsskrift for forretningsjuss nr. 3 1996, s.101-110

Hagstrøm, Viggo. *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett.* I: Tidsskrift for rettsvitenskap 1993, s. 250-282

Krüger, Kai. *Komparativ rettsmetode - observasjoner vedrørende prinsipper for rettsanvendelse i Europa nord og sør - illustrert ved tilfellet Norge og Italia.* I: JV. 1996, s.281-312

Krüger, Kai. *Eieransvar i konsernforhold - Quo Vadis?* I: Juristkontakt nr. 3 1997, s. 4-11

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett.* Oslo, 1995

Löfgren, Kent. *Personligt ansvar - vid likvidasjonsplikt, olovlig vinstutdeling, företrädaransvar m.m.* Kent Löfgren og Martin Kornfeld. Stockholm, 2002

Marthinussen, Hans Fredrik. *Aksjeloven med kommentarer.* Hans Fredrik Marthinussen og Magnus Aarbakke. Oslo, 1991

Røsæg, Erik. *Garantier eller fattigmannstrøst?* Oslo, 1992

Woxholth, Geir. *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning.* Oslo, 1997

Aarum, Kristin Normann. *Styremedlemers erstatningsansvar i aksjeselskaper.* Oslo, 1994

6. Lovregister

Aksjeloven (asl) - Lov om aksjeselskaper av 13/6-1997 nr. 44

Allmennaksjeloven (asal) - Lov om allmennaksjeselskaper av 13/6-1997 nr. 45

Avtaleloven (avtl) - Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31/5-1918 nr. 4

Forsikringsavtaleloven (fal) - Lov om forsikringsavtaler av 16/6-1989 nr. 69

Skadeserstatningsloven (skl) - Lov om skadeserstatning av 13/6-1969 nr. 26

Straffeloven (strl) - Almindelig borgerlig Straffelov av 22/5-1902 nr. 10